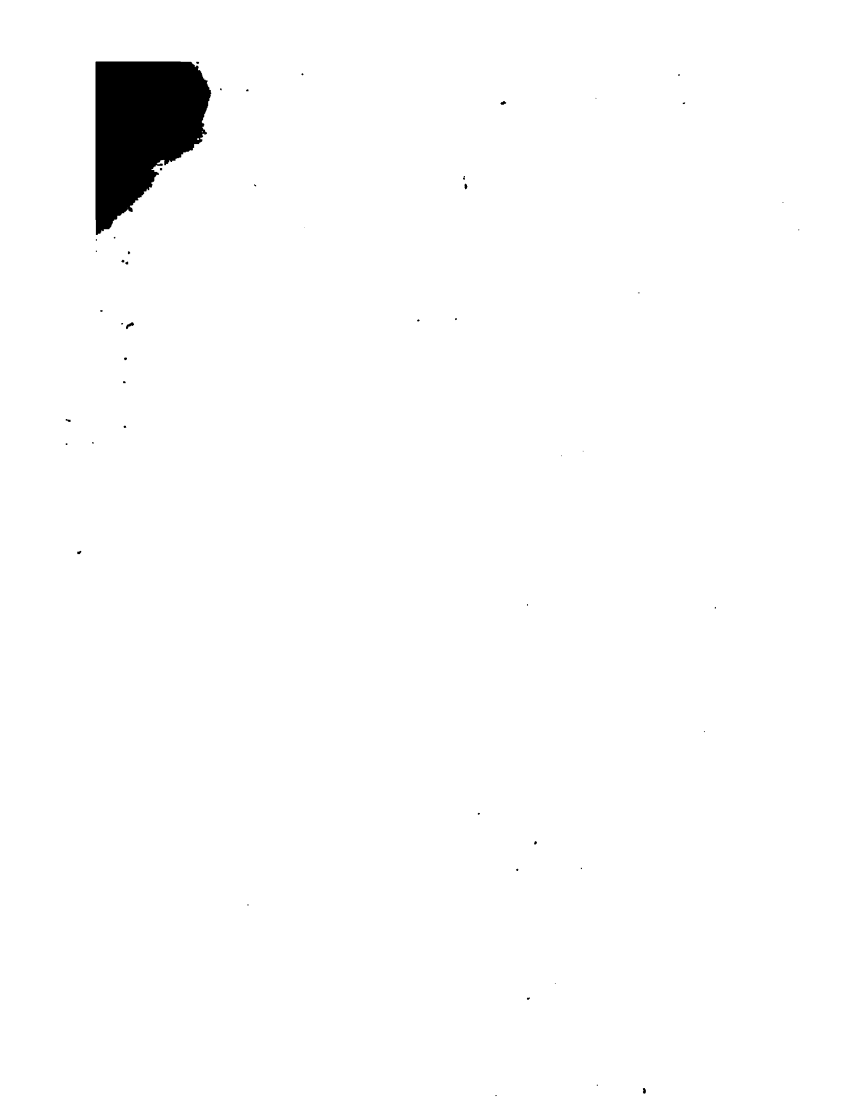

NYPL RESEARCH LIBRARIES
3 3433 07594178 5







Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.
Jahrgang 1850.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,
J. M. F. Birnbaum
in Gießen,
A. W. Heffter
in Berlin,
F. C. Th. Hepp
in Tübingen,
C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,
H. A. Zachariä
in Göttingen.

Halle,
C. A. Schwetschke und Sohn.
1850.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben von den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau,
F. C. Th. Hepp in Tübingen,
J. M. F. Birnbaum in Gießen,
C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,
A. W. Heffter in Berlin,
H. A. Zachariä in Göttingen.

Jahrgang 1850.

Erstes Stück.

Halle,
C. A. Schwetschke und Sohn.
1850.

Inhalt.



Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1850. Erstes Stück.

I.

Vergleichung der englischen und französischen Jury.

Von

Hepp.

(Beschluß von Nr. XXII. Jahrg. 1849. Heft 4.)

An argen Mißgriffen und schmählichen Verkümmerungen der Jury durch einen im Interesse der Regierung schlau berechneten Wahlmodus ist aber nach der bisherigen Ausführung der unter Napoleons Herrschaft und dessen Mitwirkung erlassene Code d'instr. criminelle besonders reich. Belege sind: die aristokratisch = büreaukratische Färbung der Generalliste, folglich auch der beiden andern aus ihr hervorgehenden Listen, in Verbindung mit dem Institut der Ehrengeschwornen; die aller öffentlichen Controle entbehrende Entwerfung der Generalliste durch einen von der Regierung völlig abhängigen und willkürlich entlaßbaren Verwaltungsbeamten; *mehr* noch die Entwerfung der *Dienstliste durch eben denselben* Beamten, und die wei-

tere, aber verhältnißmäßig unbedeutende Reduction dieser Liste durch den Assisenpräsidenten auf Kosten eines unparteiischen Richteramts; die völlige Gleichstellung der Staatsbehörde mit dem Angeklagten hinsichtlich der Recusation, nur um des formalen Prinzips der Gleichheit willen, ja die Benachtheiligung des Angeklagten gegenüber von der Staatsbehörde, welche ihm gerade diejenigen Männer, auf die er durch Nichtrecusation sein volles Vertrauen gesetzt hat, wieder entziehen kann, in Verbindung mit sonstigen Verkümmerungen des Recusationsrechts in der Person des Angeklagten — dies sind Belege genug, um den Wahlmodus des Code nach Verdienst zu würdigen! Nach und nach mußte sich auch in Frankreich ein gemeinsames Urtheil darüber bei Gelehrten und Ungelehrten, bei Theoretikern und Praktikern bilden, und dieses fiel scharf genug aus, indem man die Zwölfmänner zuletzt nur les douzes commissaires du gouvernement, un vain simulacre, un fantôme trompeur etc. nannte, und bei politischen Processen schon zum voraus wissen konnte, ob die Jury freisprechen oder verurtheilen werde.

Unter der s. g. Restauration machte man den Versuch, im Sinne der constitutionellen Monarchie einen andern Wahlmodus für die Jury aufzustellen, und wirklich leistete das Gesetz vom 2. Mai 1827 mehr als von jener Zeit zu erwarten war. Doch war schon durch das veränderte System der politischen Wahlen nach der Verfassungs-Urkunde (charte constitutionelle) vom J. 1814 Art. 35 fg., die Zusatz-Acte (acte additionelle) vom 22. April 1815 Tit. 2, und das Gesetz v. 5. Febr. 1817 Manches vorbereitet worden, und es galt jetzt insbesondere, den schädlichen Einfluß der Verwaltungsbeamten auf die Wahl der Geschwornen zu brechen. Zugleich fehlte es nicht an Gelegenheit zu sonstigen zweckmäßigen Bestimmungen, Ausfüllung erkannter Lücken rc.

Merkwürdig ist dabei, daß der Regierungs-Entwurf, statt des Prinzips des Census und der Capacität sich, wie das englische Recht, mit dem bloßen Census begnügen wollte, was aber auf den Grund des Commissionsberichts [27]) von den Kammern verworfen wurde. Dagegen strich man unter den Capacitäten die besoldeten Beamten, erweiterte die Zahl derselben durch Officiere der Land- und Seemacht auf Ruhegehalt, und fügte auf der andern Seite bei den Licentiaten, Notaren ꝛc. gewisse Beschränkungen hinzu.

Nach dem Gesetz vom 2. Mai 1827 gehören:

I. in die Generalliste, abgesehen von den allgemeinen Erfordernissen (Alter ꝛc.): 1) die Mitglieder der Wahlcollegien (colléges électoraux), d. h. die Wähler mit dem damaligen Census einer directen Staatssteuer von 300 Frk. Diese bilden die erste Abtheilung der Generalliste, die zweite die nachfolgenden Personen, nämlich 2) diejenigen Wähler (électeurs), welche in dem Departement ihren wirklichen Wohnsitz haben, aber in einem andern Departement auszuüben haben; 3) die öffentlich vom König ernannten, aber Ehrenämter bekleidenden Beamten (exerçant des fonctions gratuites); 4) die Land- und Seeofficiere auf Ruhegehalt, wenn sie mindestens 1200 Frk. Pension beziehen und seit 5 Jahren in dem Departement sich aufhalten; 5) die Doctoren der verschiedenen Facultäten; 6) die Licentiaten der drei Facultäten (weil es in der medicinischen keine Licentiaten giebt), wenn sie entweder in die Liste der Advocaten oder Anwälte bei den höheren oder niederen Gerichtshöfen eingeschrieben sind, oder mit dem Unterrichte irgend eines zu einer Facultät gehörigen wissenschaftlichen Zweiges beauf-

---

27) bei *Locré, la législation* de la France, T. XXVI *p. 2709.*

tragt worden sind, oder ohne diese Voraussetzung wenigstens 10 Jahre seßhaft im Departement sind; 7) die Mitglieder der Correspondenten des Instituts von Frankreich, und anderer vom König anerkannter gelehrter Gesellschaften; 8) die Notare, wenn sie bereits 3 Jahre im Amt sind.

Wenn nun die erste und die zweite Abtheilung der Generalliste gemeinschaftlich nicht 800 Befähigte des Departements ergeben, so soll diese Zahl von Seiten des Präfecten durch eine Ergänzungsliste (liste supplémentaire) aus den nächst den Wählern am höchsten Besteuerten [28]) bis auf die angegebene Zahl ergänzt werden. Die Hauptliste (von mindestens 800 Personen) soll alle Jahre neu entworfen, und zum Behuf von Reclamationen öffentlich bekannt gemacht werden, d. h. in allen Gemeinden an den Gemeindehäusern angeschlagen und zugleich auf den Secretariaten der Präfectur, der Unterpräfecturen und der Mairieen des Departements zu allgemeiner Einsicht aufgelegt werden [29]). Statt der jährlichen Entwerfung der Generalliste wurde indeß durch das Gesetz vom 2. Juli 1828 eine jährliche Revision derselben durch den Präfecten vorgeschrieben, was auch vollkommen ausreicht. Wenn nun in Folge dieser Veröffentlichung der Generalliste Einsprachen über die Aufnahme oder Nichtaufnahme gewisser Personen entstehen, so entscheidet darüber der Präfecturrath, von dessen Ausspruch dann an den Appelhof beziehungsweise an den Staatsrath appellirt werden kann. Ist die Liste sol-

28) also aus den Censiten zweiter Klasse, welche weniger als 300 Fr. Steuer zahlen.

29) Sehr zweckmäßig ist die Verbindung beider Publicationen. *Denn Anschläge* liest man leichter und mehr, während der *Gang auf das* Rathhaus der Gemeinde schon Manchen abhält.

chergestalt berichtigt worden, so soll sie dann wieder für einige Zeit öffentlich angeschlagen werden.

II. Die Jahresliste (liste pour le service du jury de l'année suivante) hat auch jetzt noch der Präfect [30]) aus der abgeschlossenen Generalliste zu entwerfen; allein er darf dieselbe jetzt nur auf ein Viertheil (früher auf 60 Namen) reduciren. Die Liste soll aber nicht über 300, und im Departement der Hauptstadt nicht mehr als 1500 Geschworne betragen. An gesetzliche Vorschriften ist er bei dieser Reduction nicht gebunden, sondern es entscheidet, wie bisher, sein freies Ermessen. Das Umlaufschreiben des damaligen Justizministers vom 30. Juni 1827 giebt zwar dem Präfecten gewisse Regeln an die Hand, die sich aber für gewissenhafte Beamte von selbst verstehen, z. B. daß er keine Personen von notorisch unsittlichem Lebenswandel in die Liste aufnehmen soll. Ein Exemplar derselben hat der Präfect dem Justizminister, ein zweites dem Präsidenten des betreffenden Appelhofs, ein drittes dem an diesem Gericht angestellten Staatsprocurator zuzustellen.

III. Die Dienstliste (liste de service) wird aus der Jahresliste 10 Tage vor der Eröffnung der Assise durch den Präsidenten des Gerichtshofs in öffentlicher Sitzung der ersten Kammer desselben durch das Loos bestimmt, und zwar in der Zahl von 36 Geschwornen nebst 4 Ersatzmännern, welche nach einem aus der Jahresliste gefertigten Verzeichnisse der am Sitze des Gerichtshofs wohnenden Personen für den Fall gewählt wird, daß am Sitzungstage weniger als 30 Geschworne erscheinen sollten. Durch diese Einrichtung ist die bisherige Function des Assisenpräsidenten als Mitarbeiters an der Dienstliste beseitigt.

---

30) Warum übertrug man dies nicht dem oben erwähnten Präfecturrathe, als *einem volksthümlichen* Collegium?

IV. Die Spruchliste wird aus der Dienstliste am Tage der Assisenerőffnung durch abermalige Losung und durch Recusation der Parteien gebildet. In dieser Hinsicht hat das Gesetz vom 2. Mai 1827 an dem bisherigen Rechte nichts geändert, nur daß nach Art. 13 der Assisenhof jetzt von Amts wegen verordnen darf, daß ein oder zwei Geschworne über die Zwölferzahl ausgelost werden, um im Nothfall als Hülfsgeschworne nach der Ordnung, in welcher sie aus der Losung hervorgegangen sind, einzutreten. Wenn also gerade nur 30 Geschworne am Sitzungstage anwesend, und der Gerichts- oder Assisenhof hält die Wahl von 14 für nöthig, so können die Parteien zusammen nur 16 Namen recusiren, und diese Beschränkung des (ohnehin beschränkten) Recusationsrechts müssen sie sich gefallen lassen, während es früher nur mit ihrer, namentlich des Angeklagten, Einwilligung geschehen konnte.

Auf diesen Vorschriften in Verbindung mit dem Wahlgesetz vom 19 April 1831 beruhte die Bildung der Jury unter der Juli-Dynastie, und man muß zugeben, daß dadurch schwere Mißgriffe des bisherigen Rechts beseitigt wurden. Vorerst hat die Generalliste von ihrer aristokratisch-büreaukratischen Färbung viel verloren; sie wird, um Einsprachen möglich zu machen, und überhaupt zur Controle des Präfecten, öffentlich bekannt gemacht, nicht nur einmal, sondern nach geschehener Ratification zum zweitenmal; ein volksthümliches Collegium, der Präfecturrath, wird bestellt, um über Einsprachen gegen diese Liste zu entscheiden; bei der Entwerfung der jetzt sogenannten Jahresliste ist der Einfluß des Präfecten sehr vermindert; die bisherige, mit der richteramtlichen Function des Assisepräsidenten unvereinbare weitere Sichtung der Liste ist aufgehoben, und an die Stelle derselben tritt jetzt Verlosung in öffentlicher Sitzung. Allein ungeachtet dieser unverkenn-

baren Vorzüge sind die Schattenseiten dieser Einrichtung nicht zu verkennen. Will man auch davon absehen, daß das Gesetz vom 2. Mai im Ganzen die Zahl der Capacitäten beschränkte, so erscheint es doch als höchst bedenklich, in die Hand eines so abhängigen Beamten, wie der französische Präfect ist [31]), das Streichen von Dreivierteilen der ganzen Generalliste (von drei Namen unter vieren) zu legen. Auch ist auf Erweiterung der Recusation (dieser, in Verbindung mit dem Loose, letzten Sichtung der Liste) zu Gunsten des Angeklagten gar nicht Bedacht genommen, ja dieselbe noch verkürzt worden. Mag auch die amtliche Beziehung von Hülfsgeschwornen an sich vollkommen begründet seyn; jedenfalls durfte sie nicht auf Kosten des ohnehin beschränkten Recusationsrechts des Angeklagten geschehen, sondern es hätte zugleich Anwesenheit von mindestens 32 Geschwornen (statt 30) festgesetzt werden sollen, um den Angeklagten wenigstens nicht schlechter als nach der Straf-Proceßordnung zu stellen. Fragt man überhaupt, ob Frankreich durch dieses Gesetz eine tüchtigere, selbstständigere und intelligentere Jury gewonnen habe, so fehlt es auch seit diesem Gesetz nicht an Verdicten in politischen und unpolitischen Straffällen, welche eine Art europäischer Celebrität erhalten haben, womit aber die deutschen Schwurgerichte, wenn sie auf dem betretenen Wege fortfahren, bald wetteifern können [32])! Die bekannten Septembergesetze mußten gar noch Ausnahmegerichte schaffen, und schriftliche Abstimmung

---

31) anders wenn er die Stellung eines englischen Sheriff, der hier immer noch zum Vorbilde diente, hätte!

32) Nicht blos die schamlose Lehre der democratischen Blätter, daß politische Verbrecher verunglückte Helden seyen, sondern mehr noch als *diese trägt* Menschenfurcht die Schuld daran.

der Geschwornen anordnen, um „selbstständigere" Aussprüche derselben zu gewinnen, und schon drei Jahre zuvor (im J. 1832) sah man sich genöthigt, durch Einführung der s. g. circonstances atténuantes der heillosen Lehre von der *omnipotence* der Jury und dem frommen Meineide die Spitze zu brechen.

Gleichwohl war das Gesetz vom 2. Mai 1827 im Allgemeinen auf die richtige Bahn eingelenkt, und eine zweite Hauptreform nach denselben Prinzipien hätte Bedeutendes erwarten lassen! Da trat aber die Februarrevolution der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit in die Mitte, und noch mitten in dem Strudel der Ereignisse hatte man nichts eiligeres zu thun, als sogleich ein neues System für die Bildung der Jury aufzustellen. Der Wahlspruch war: kein Census, weder für politisches Wahlrecht noch für den Geschwornendienst. „Wer als Wähler zugelassen ist, soll es auch als Geschworner seyn", mit diesen Worten führte der damalige Justizminister Cremieux seinen Entwurf in die Nationalversammlung ein, und war von diesem Standpunkte vollkommen im Recht, wenn er aus der Generalliste aller politischen Wähler, die als solche auch zum Geschwornendienst fähig sind, die Dienst- oder Quartallisten ohne weitere Sichtung unmittelbar durch das Loos hervorgehen ließ. In die Generalliste sollte aber Jeder kommen, welcher lesen und schreiben konnte, nicht an körperlichen Gebrechlichkeiten oder Geisteskrankheiten litt, sich nicht in den Banden der Domesticität oder Lohndienerschaft befand, und nicht das active Staatsbürgerrecht durch Verurtheilung wegen Verbrechen (crimes) oder von niederträchtiger Gesinnung zeugenden Vergehen (délits) verwirkt hatte — allgemeine Erfordernisse, die sich nicht einmal sämmtlich von jenem Standpunkte rechtfertigen lassen, nach welchem der *Geschwornendienst* lediglich und ausschließlich als Ausübung

eines politischen Rechts erscheint. Indeß ging dies der von der Nationalversammlung zur Prüfung des Cremieux'schen Entwurfs niedergesetzten Commission doch zu weit. Sie verlangte, daß für den Dienst zum Geschwornen eine Garantie der erforderlichen Einsicht und Moralität gegeben werde, kehrte daher zu dem Prinzipe zurück, daß durch Auswahl aus der Generalliste eine Jahresliste gebildet werde, war aber über die Frage, wie diese Jahresliste zu bilden sey, nicht einig, indem Einige eine directe Wahl, Andere eine Auswahl durch eine Spezialcommission wollten, welches letztere von der Nationalversammlung angenommen wurde. Die Commission bildet sich aus einem Mitgliede des Kantonalraths, dem Friedensrichter, und Mitgliedern des Municipalraths, welche von diesem dazu delegirt werden; in Paris für jedes Arrondissement aus drei Mitgliedern des Municipalraths, dem Maire und einigen Beigeordneten, und dem Friedensrichter. Somit will die Aufnahme des Proletariats in die Generalliste nicht viel bedeuten; sie stehen nur auf dem Papier, in der Wirklichkeit werden sie von der Jahresliste und dadurch von der Ausübung dieses ihnen gesetzlich zukommenden Ehrenamts ausgeschlossen! Wozu aber von einem Prinzipe ausgehen, welches man gleich wieder verlassen muß, ja bei dem man sich selbst Lügen straft, da die kaum für fähig Erklärten gleich wieder als unfähig ausgestoßen werden? Und welches Vertrauen kann man endlich, bei aller Anerkennung der einem volksthümlichen Collegium überlassenen Auswahl, zu einer Republik haben, deren — doch wohl volksthümliche — Verwaltungsbeamte (Präfecten) mit demselben Mißtrauen wie früher die königlichen Diener angesehen und behandelt werden, so daß man auch jetzt noch denselben nicht die Functionen, die in England der königliche Sheriff ausübt, anvertrauen konnte? Wir wollen jetzt näher den Inhalt die-

ses merkwürdigen Gesetzes vom 7. August 1848 [33]) betrachten.

I. Die Generalliste. In diese kommen jetzt (Art. 1) alle Franzosen, welche 30 Jahre alt sind, und im Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte stehen. Doch sind [34]) ausgeschlossen (Art. 2) von der Aufnahme: a) diejenigen, welche nicht lesen und schreiben können; b) die Dienstboten und Taglöhner (domestiques et serviteurs à gage). 2) Unfähig (Art. 3) sind: a) diejenigen, welchen die Ausübung der politischen, bürgerlichen und Familienrechte im Rechtswege ganz oder theilweise entzogen ist [35]); b) Fallirte, welche nicht die Wiedereinsetzung (réhabilitation) in das kaufmännische Recht erhalten haben; c) Personen, welche wegen Geisteskrankheit oder Unbesonnenheit im Handeln entmündigt (interdits) oder mit einem gerichtlichen Beistande (conseil judiciaire) versehen sind; d) alle, welche eine Verurtheilung erlitten haben α) wegen eines Verbrechens (crime), oder β) wegen der Vergehen (délits) des Diebstahls, des Betrugs, des Miß-

33) Vgl. Jagemann's Gerichtssaal Th. 1. S. 77 fg.

34) Man bemerke die französische Finesse in der Unterscheidung von „ausgeschlossen" und „unfähig"! Es sollen die Personen beider Klassen nur ja nicht durcheinander gemengt werden! Denn was kann ein nach Art. 1. zum Geschwornendienst Befähigter dafür, daß er nicht lesen und schreiben kann, oder daß er Dienstbote oder Taglöhner ist? Indem aber Art. 2 ihn nur ausschließt, erkärt er ihn im Gegensatze der Personen des Art. 2 für nicht unfähig; wer nicht unfähig ist, ist aber doch wohl fähig? Somit müßten diese Personen nach Art. 1 und 3 in die Generalliste aufgenommen werden; aber „man schließt sie aus"! Hundert Andere werden dafür in die Generalliste aufgenommen, aber auf andere Weise removirt! Ist ein solches Gesetz Spott oder Ernst?

35) Es bleibt also hiernach und nach Ziff. d. bei dem harten Infamiesysteme des französischen Rechts, auf welchem die Abgränzung von crimes und délits beruht.

uchs des Vertrauens (Veruntreuung), des
ıswuchers, der Verletzung der Sittlichkeit
h. nach dem Code pénal Art. 330 fg. Nothzucht,
ebruch rc. — was aber in der Nationalversammlung
ver durchging), des Landstreichens und der Bet-
:i; oder γ) wegen eines andern Vergehens (délit), wenn
Strafe mehr als ein Jahr Correctionshaus
fängniß) beträgt, ausgenommen bei politischen
gehen, welche nur dann zur Aufnahme in die General-
unfähig machen, wenn diese Folge im Strafurtheil
gesprochen ist — was aber vor der Hand kein Richter
eigne Verantwortung auszusprechen wagen wird, da-
es erst eines besonderen Gesetzes zur Ausführung dieser
timmung bedarf. 3) Unvereinbar mit dem Dienste
s Geschwornen ist: a) der Beruf eines Abgeordneten zur
:ionalversammlung; b) das Amt eines Ministers,
erstaatssecretairs, Generalsecretairs des Ministeriums,
s Präfecten und Unterpräfecten; c) eines Richters,
ıeralstaatsprocurators, Staatsprocurators und deren
bstituten; d) eines Geistlichen irgend einer Confession;
eines Mitgliedes des Staatsraths, eines Generalerhe-
s der Steuer- und Regiegefälle, eines diensthuenden
ıatsbeamten, oder Vorstandes einer Staatsbehörde;
eines diensthuenden Militairs, und g) eines Elemen-
schullehrers. Endlich 4) auf ihr Verlangen (Art. 5)
nen von der Aufnahme befreiet werden: a) Personen
r 70 Jahre; b) alle diejenigen, welche von ihrer Ta-
sarbeit leben und nachweisen können, daß ihr Ver-
nst nicht hinreicht, um die mit dem Geschwornen-
ıft verbundene Last zu tragen.

So die Vorschriften über die Ur- oder Generalliste
h dem neuesten Gesetz vom 7. August 1848, die freilich
ız anders lauten, als die des Code d'instr. und des
setzes vom 2. Mai 1827, welche noch an Census und

Capacität einen solideren Anhaltspunkt hatten. Und welchen Eindruck machen diese Vorschriften? Einen überaus schlechten. Geht das Gesetz von dem Prinzip aus: wer 30 Jahre alt ist und im Genuß der bürgerlichen und politischen Rechte steht, ist fähig zur Ausübung des Geschwornendienstes, so ist damit unvereinbar: 1) die s. g. Ausschließung derjenigen, welche nicht lesen und schreiben können, so wie der Dienstboten und Taglöhner. Denn, wenn dieselben gleich nur „ausgeschlossen" sind und nicht in die Kategorie der „Unfähigen" gehören, was aber in der Sache auf eins hinauskommt und nur eine etwas verzuckerte Pille ist, so ist nicht einzusehen, was diese Eigenschaften mit der politischen Befähigung, von welcher das Gesetz ausgeht, noch auch nur, was sie mit der moralischen Befähigung, worauf das Gesetz gleichfalls Rücksicht nimmt, zu thun haben? Ihr Ausschluß ist daher nicht gerechtfertigt. Sodann 2) müssen zwar diejenigen, welche nicht in dem Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte stehen, von der Aufnahme in die Generalliste ausgeschlossen werden. Allein wie paßt die übrige Liste der „Unfähigen", wenn sie nur politisch fähig sind, zu dem Prinzipe des Gesetzes? Man wollte freilich Ehrenhalber auch auf moralische Garantie Rücksicht nehmen; allein theils paßt dieselbe nicht zu dem Satze: „wer als Wähler zugelassen ist, soll es auch als Geschworner seyn", theils ist die Liste der moralisch Unfähigen ziemlich willkürlich construirt, und berechtigt sicher nicht zu dem Schlusse, daß wer nicht in eine dieser Kategorieen falle, dadurch als moralisch befähigt erscheine. Denn dazu ist die Zahl der Befähigten viel zu groß! Ferner 3) wie kann vom Standpunkte des Gesetzes eine, und zwar so umfassende Kategorie von Personen aufgestellt werden, deren bürgerliche Stellung „unvereinbar" seyn soll mit dem Geschwornendienst? Dies kann eine Gesetzgebung

wohl aussprechen, welche den Geschwornendienst nicht als ein allgemeines politisches Recht auffaßt, aber kein Gesetz, welches von dem entgegengesetzten Prinzipe ausgeht. Sind denn dienstthuende Staatsbeamte, dienstthuendes Militair ꝛc. nicht auch (zumal in einer Republik der Gleichheit und Brüderlichkeit) ein Theil des Volks, als daß sie von dem allgemeinen politischen Rechte desselben ausgeschlossen werden könnten und dürften? Oder will man in einer Republik Gegensätze von Volk und Beamten schaffen? Endlich 4) ist die Entschuldigung wegen Unvermöglichkeit eben so anstößig als widersprechend. Ersteres, weil für Viele etwas Empfindliches darin liegt, sich über ihre ökonomischen Verhältnisse ausweisen zu müssen, wenn sie nicht in Gefahr gerathen wollen, ihrem politischen Ehrenrechte unverhältnißmäßige Opfer zu bringen, namentlich aber weil im Hinblick auf die große Masse der von ihrer Tagarbeit Lebenden zu besorgen ist, daß sie massenweise bemüht seyn werden, von ihrer politischen Ehrenlast befreiet zu werden, somit das Gesetz Lügen zu strafen, daß sie nach einer solchen politischen Ehre ambirt haben! Letzteres, weil das Gesetz, wenn es ein derartiges Ehrenrecht giebt, oder vielmehr dasselbe als staatsbürgerliche Pflicht allen Bürgern auferlegt, auch dafür Sorge tragen muß, daß es von ihnen ausgeübt werden kann. Sonst ist das Ehrenamt bloßer Schein. Aber freilich den Geschwornen Diäten auszusetzen, um die allgemeine politische Befähigung zur Wahrheit zu machen, dazu konnte man sich nicht verstehen, und mit Recht! Es bleibt daher bei dem bisherigen Rechte, daß die Geschwornen nur eine Entschädigung wegen der Reisekosten, wenn sie dieselbe verlangen, beanspruchen können.

Auch v. Jagemann a. a. O. äußert sich über den Art. 2 dieses Gesetzes dahin: „Man sieht, der Art. 2 *steht mit Art. 1 in einem solchen* Widerspruch, daß man

füglich sagen kann: was mit der einen Hand dort gegeben ist, wird mit der andern hier wieder genommen. Die Umgehung eines Census ist unter solchen Umständen nur eine Täuschung, ja man kann sagen ein Vexirspiel mit den Volksrechten. Auf der einen Seite (Art. 1) sollen alle Franzosen zur Theilnahme an der Jury gleich berechtigt seyn, und auf der andern (Art. 2) werden diejenigen, die durch ihre bedrängten Verhältnisse den Wohlhabenden zu dienen gezwungen sind, wieder ausgenommen. Wendet man diese Bestimmung auch auf Gesellen und Fabrikarbeiter an, so läßt sich wohl annehmen, daß mehr als die Hälfte der sogenannten gleichberechtigten Staatsbürger am Geschwornendienst keinen Antheil nehmen werden." Aber auch der übrige Inhalt des Gesetzes paßt, wie nachgewiesen wurde, nicht zu dem Prinzipe desselben. Es sind in das Gesetz Rücksichten eingemengt, die auf der einen Seite zur politischen Auffassung der Jury passen, auf der andern entfernt nicht ausreichen, wenn man die Jury zunächst oder vorzugsweise aus dem Gesichtspunkte des Richteramts auffaßt. Aus solchen Vermittlungen kann nichts Gutes hervorgehen, und sehr bald wird man dies auch in Frankreich erkennen.

Doch wir haben jetzt zu betrachten, wie die Urliste exclusis excludendis gebildet wird.

Zuerst haben die Maires für jede Gemeinde eine Geschwornenliste aus dem allgemeinen Verzeichniß der Wähler nach Maaßgabe der Artt. 2 — 5 abzufassen, und dieselbe an der Kirchenthüre (!), an der Thüre des Gemeindehauses, und wo es sonst angemessen ist, öffentlich anzuschlagen. Diese Liste ist einmal für allemal [36]) angelegt, vorbehältlich späterer Berichtigungen, indem der Maire gehalten ist, alle Jahre und zwar am 15. Septbr.

---

36) d. h. so lange die Herrschaft des neuesten Gesetzes währt.

die inzwischen gestorbenen oder unfähig gewordenen Geschwornen aus der Liste zu streichen, und diejenigen, bei welchen inzwischen die gesetzlichen Erfordernisse (z. B. hinsichtlich des Alters) eingetreten sind, in dieselbe aufzunehmen. Die so rectificirte Liste wird in gleicher Weise veröffentlicht. Ueber Beschwerden entscheidet in erster Instanz der Gemeinderath; in zweiter, wenn die Ausschließung wegen Unfähigkeit (Art. 2) geschah, das Civilgericht erster Instanz, und wenn sie aus andern Gründen geschah, der Präfecturrath. Das Civilgericht entscheidet auf Berichterstattung, aber unter Zuziehung der Betheiligten, welche gehört werden müssen, und nach Vernehmung der Staatsbehörde, in summarischem Wege vor allen andern Sachen.

Am 1. Novb. jeden Jahrs haben die Maires die rectificirten Geschwornenlisten ihrer Gemeinde (Art. 8) dem Präfecten des Departements einzusenden, welcher daraus eine allgemeine Liste für das Departement nach Kantonen in alphabetischer Ordnung zu entwerfen hat. Die Liste für jeden Kanton (Bezirk) wird dem betreffenden Friedensrichter zugesendet.

Somit ist dem Präfecten aller Einfluß auf die Entwerfung der Generalliste entzogen, und die Sache in die Hand der Gemeindevorsteher unter öffentlicher Controle gegeben, was ein bedeutender Fortschritt ist. Im Wesentlichen diente darin das englische Recht, wie es oben geschildert wurde, zum Vorbilde.

II. Die Jahresliste. Diese wird gleichfalls auf andere Weise als seither gebildet. Nach Art. 9 (mit welchem das Prinzip der Sichtung, oder der Auswahl beginnt) soll nämlich für jedes Departement auf 200 Einwohner ein Geschworner kommen, jedoch die Gesammtheit der Geschwornen nie die Zahl von 3000 in dem Departement der Seine (der Hauptstadt), und von 1500

in den übrigen Departements übersteigen [37]), und zugleich aus der Generalliste eine besondere Liste von Ersatzmännern der Geschwornen aus der Stadt, wo die Assisen gehalten werden, gebildet werden, und zwar für Paris von 300, für die übrigen Departements von 50 Namen. Die Zahl der Geschwornen, welche in die Jahresliste kommen, wird in Paris auf die Stadtdistricte, und in den Departements auf die Kantone, nach Verhältniß der in die Generalliste eingetragenen Zahl von Geschwornen, durch den Präfecten unter Beiziehung des Präfecturraths vertheilt. Diesen Beschluß, durch welchen jedem Kanton eine bestimmte Zahl von Geschwornen zugetheilt wird, hat der Präfect dem Friedensrichter mitzutheilen. Hierauf wird eine Commission ernannt (Art 11), welche die in die Jahresliste aufzunehmenden Geschwornen jedes Kantons zu wählen hat. Diese Wahlcommission besteht aus dem Generalrathe des Kantons [38]) (conseiller général du canton) als Präsidenten, dem Friedensrichter des Kantons als Vice-Präsidenten, und zwei Mitgliedern für jede Kantonalgemeinde, die der Gemeinderath in den ersten 14 Tagen des Augustmonats jährlich aus seiner Mitte zu wählen hat. Die Wahlcommission versammelt sich in der letzten Hälfte des Novembers in dem Hauptorte des Kantons auf Tag und Stunde nach Vorschrift des Präfecten, und ist nicht eher beschlußfähig, als bis mindestens ein Mitglied über die Hälfte der eigentlich erforderlichen

---

37) Nach dem Gesetz von 1827, welches bis dahin galt, sollte die Jahresliste für das Departement der Hauptstadt höchstens 1500, für die übrigen Depart. höchstens 300 betragen. Die Jahresliste ist also dort doppelt, im Uebrigen fünfmal so groß.

38) Dieser ist Kantonsvertreter in dem Departementsrathe.

Zahl vorhanden ist (Art. 15). Die Auswahl geschieht (wie früher durch den Präfecten) nach freiem Ermessen. Anhaltspunkte sind der Commission keine gegeben. Bei Dissens entscheidet Stimmenmehrheit. Die Sitzungen sind geheim.

Die solchergestalt für jeden Kanton gefertigten Jahreslisten sind dem Präfecten des Departements zuzustellen, welcher daraus in alphabetischer Ordnung nach den Kantonallisten die allgemeine Jahresliste des Departements zu entwerfen hat, und mit dieser zugleich die Liste der Ersatzmänner, gemäß Art. 9. Beide Listen, die Haupt- und die Ergänzungsliste, müssen vor dem 15. Decbr. dem Secretair bei dem Assisengericht mitgetheilt werden (Art. 18).

Dies Alles ist freilich viel complicirter als das bisherige, und als das englische Recht. Denn wie vieler Listen bedarf es nicht hiernach? Zuerst die Geschwornenlisten der Gemeinden, auf diese die rectificirten Listen, und aus denselben die Geschwornenliste (Urliste) des Departements; dann die Vertheilungsliste nach Procenten der Bevölkerung durch den Präfecten und Präfecturrath; hierauf die Wahlliste in jedem Kanton durch eine Gemeinde-Commission des Kantons unter dem Vorsitze zweier Beamten; aus diesen die Wahlliste des Departements (Jahresliste) durch den Präfecten — also nicht weniger als sechs Listen, wozu noch als siebente die Dienstliste, und als achte die Spruchliste kommt. Aber freilich, man hatte keine andere Wahl. Dem Präfecten als Beamten der Republik traute man eben so wenig als dem vormaligen Beamten des Königs; denn „Regierung ist Regierung", was sich auch inzwischen in dem republikanischen Frankreich vollkommen bewahrheitet hat! Eben so wenig mochte *man den, vom* Standpunkte des Gesetzes

allein consequenten Vorschlag Cremieux's, aus der Ur- oder Generalliste [39]) unmittelbar durch das Loos di dienstthuenden Geschwornen zu wählen, annehmen. Mar mußte daher auf eine Sichtung, und zwar durch ein volksthümliche Commission unter dem Vorsitz zweier (also wohl unvolksthümlicher) Beamten der Repu blik eingehen, um — was man freilich nicht zugeben will — unter den vielen Untauglichen möglichst di Tauglichsten auszulesen. Denn sonst hätte es einer Re duction der Urliste gar nicht bedurft. Nun mag man im merhin den Gemeinderäthen als Stellvertretern der Ge meinde, oder vielmehr einer von ihnen aus ihrer Mitte ge wählten Deputation, als Stellvertreterinn der Stellver treter der Gemeinde (des Volks), unter dem Vorsitze zwei Beamten des Kantons das Wahlgeschäft überlassen. Allei das Gesetz giebt dieser Commission weder Regeln, no auch nur Anhaltspunkte an die Hand, nach welchen sie d tauglichsten Subjecte wählen soll; ohne Befolgung gewiss Regeln ist aber ein Wahlact nicht möglich. In sofer hängt Alles davon ab, über welche Regeln sich die Wah commissionen (deren es so viele als Kantone giebt) ver ständigen werden. Eine allgemeine Verständigun derselben ist, da sie abgesondert berathen und beschließe natürlich nicht möglich; es bleibt daher nur eine beson dere Verständigung, und zwar, da die Mitglieder a Jahre wechseln, von Jahr zu Jahr übrig — ein Wechse woraus unvermeidlich Inconvenienzen entstehen werde Zunächst wird man darauf zählen können, daß es zu eine Ehrenpunkt werden wird, eine verhältnißmäßig glei Zahl aus jeder Gemeinde des Kantons zu wählen, we

39) die ja lauter zum Geschwornendienst fähige Subjecte e halten soll, zumal nach dem in Art. 2 fg. gemachten B *schränkungen!*

es ihr auch an tüchtigen Männern zu diesem Dienste fehlen sollte. Sodann wird es nicht fehlen, daß Rücksichten der Freundschaft oder der Feindschaft oder andere Aeußerlichkeiten einen Einfluß auf die Wahl üben werden, zumal die Wahlcommissionen nicht einmal einen festen Anhaltspunkt an dem zwischen der politischen und der rechtlichen Seite der Jury hin und her schwankenden Gesetze haben, mithin nicht wissen, wie sie im Sinne und Geiste, oder mit andern Worten, wie sie nach dem Zweck des Gesetzes wählen sollen. Jemehr sie in dieser Beziehung verlassen sind, um so unvermeidlicher wird die Wahl durch bloße Aeußerlichkeiten bestimmt werden. Namentlich aber ist zu besorgen, daß bei einem regen politischen Leben, wo sich unvermeidlich Parteien bilden, je nachdem die eine oder andere Partei im Kanton auch unter den Gemeinderäthen die Oberhand hat, die Wahlen parteilisch bald nach dieser bald nach jener Seite ausfallen werden, wodurch das Rechtsinstitut der Jury — nur auf andere Weise als früher unter der Hand des Präfecten — zum Spielball der Politik herabgewürdigt wird [40]). Das neue württembergische Gesetz über Schwurgerichte, welches zwar nicht von allem Census abstrahirt, sich aber schon mit einem Minimum desselben begnügt, sucht diese Gefahr zwar dadurch zu beseitigen, daß es 1) im Art. 71 dem Bezirksausschuß (der Wahlcommission) zur Pflicht macht, nur „diejenigen in die Jahresliste des Bezirks aufzunehmen, welche er nach seinem pflichtmäßigen Ermessen in Absicht auf ihre geistigen Fähigkeiten, Ehrenhaftigkeit und Charakterfestigkeit für die tüchtigsten und würdigsten erkennt, und welche zugleich in Absicht auf ihre bürgerliche Stellung, ihre Einkommens- und sonstigen Verhältnisse den für das Amt

40) Leue, in Jagemann's Gerichtssaal Th. 1. S. 61 fg.

eines Geschwornen erforderlichen Grad öffentlichen Vertrauens und äußerer Unabhängigkeit besitzen"; sodann 2) im Art. 72 es „insbesondere dem Bezirksausschuß zur Pflicht macht, keinen in die Bezirksliste aufzunehmen, dessen Einkommen nach dem pflichtmäßigen Ermessen des Ausschusses nicht im Verhältnisse steht mit dem Aufwande an Geld und Zeit, welcher ihm als Geschwornen obliegt"; endlich 3) im Art. 74 „dem Vorwande des Civilsenats des Kreisgerichts die Befugniß einräumt, von den in die einzelnen Bezirkslisten Aufgenommenen nach seinem pflichtmäßigen Ermessen ein Fünftheil zu streichen, so daß auf je 500 Einwohner eines Bezirks ein Geschworner übrig bleibt". Allein heißt dies nicht mit andern Worten schon von vorn herein die Saat des Mißtrauens säen? Denn, nimmt das Gesetz an, daß die Wahlcommission gemäß der ihr im Art. 71 ertheilten Instruction nach Pflicht und Gewissen die Wahl nicht zu Parteizwecken mißbrauchen werde, so bedarf es einer Bestimmung, wie sie der Art. 74 enthält, nicht; geht dagegen das Gesetz davon aus, daß die Wahlcommission sich gewissenlos über den Art. 71 wegsetzen werde, dieser daher nur zum Schein bestehe, so ist das politische Gegengewicht, welches der Art. 74 bezweckt, viel zu ohnmächtig, als das es zur Ausgleichung der Sache führen könnte, und leicht wird es dahin kommen, daß sich die Wahlcommission und der Vorstand des Civilsenats des Kreisgerichts einander mit mißtrauischen Augen betrachten werden, was sicher nicht zu einem gedeihlichen Ziele führen kann. So geht es aber, wenn man sich bei einem Prinzipienstreite auf Transactionen einläßt! Der Regierungs-Entwurf hielt an dem Prinzip des Census und der Capacität fest, und konnte und wollte von diesem Standpunkte der Wahlcommission allein die Entwerfung der Jahresliste überlassen; die Commission der Ständekammer dagegen wollte

sich für die Aufnahme in die Generalliste schon mit irgend einem Census begnügen, was die Regierung nur unter der Voraussetzung des Art. 74, d. h. eines bei Parteiwahlen nöthig werdenden politischen Gegengewichts, zugeben wollte [41]). Das neue französische Gesetz kennt dieses Temperament nicht, und konnte auch nicht wohl zu dem bereits durch das Gesetz vom 2. Mai 1827 beseitigten Assisenpräsidenten oder irgend einem andern Beamten zurückkehren. Die Entwerfung der Jahresliste ist daher ausschließlich in die Hand der volksthümlichen Wahlcommission gelegt.

III. Die Dienstliste (Sitzungsliste) wird aus der Jahresliste der Geschwornen mindestens (Art. 20) zehn Tage vor Eröffnung der Assisen in öffentlicher Sitzung durch das Loos bestimmt, indem der Präsident des Appelhofs, oder wo kein solcher ist, der Gerichtspräsident an dem Hauptgerichtssitze 36 Namen aus der Hauptliste, und sechs (früher nur vier) aus der Ergänzungsliste zieht. Die Ersatzmänner treten aber nur ein, wenn am Sitzungstage der Assisen weniger als 30 Geschworne erschienen sind, und zwar nach der Reihenfolge ihres Eintrags. Fehlt es auch dann noch an der nöthigen Zahl, so zieht der Präsident solche zur Ergänzung aus den in die Ergänzungsliste eingetragenen, und wenn auch dies nicht ausreicht, aus den in die Hauptliste eingetragenen Geschwornen

---

41) Kaum war dies niedergeschrieben, als in dem Beobachter ein fulminanter Artikel, betitelt: „Die Demokraten-Metzelei in den Schwurlisten", erschien, welcher voraussichtlich seine Fortsetzung finden wird, wenn etwa die württemb. Geschwornen es wagen sollten, in den anhängigen politischen Untersuchungssachen „schuldig" auszusprechen. Natürlich ist dann nur jene „Metzelei" daran Schuld, während das politische Getreibe *mancher Wahlcommissionen ganz in der Ordnung war!*

der Stadt, und im äußersten Falle aus den 300 zuerst in die Generalliste der Stadt Eingetragenen.

IV. Die Spruchliste wird, wie bisher, durch Loos und Recusation gebildet, bis zuletzt zwölf Geschworne übrig bleiben, denen sich der Angeklagte unterwerfen muß.

So bleibt es also auch nach diesem Gesetze dabei, daß die Dienstliste 10 Tage vor der Eröffnung der Assisen gebildet wird, wodurch die Geschwornen, welche das Loos getroffen hat, allen möglichen Insinuationen, Verfolgungen und Intriken ausgesetzt werden können, und daß der Angeklagte hinsichtlich des Recusationsrechts zu sehr beschränkt ist. In beiden Beziehungen zeichnet sich das englische Recht wesentlich vor dem französischen aus. Aber freilich in England ist es auch möglich, die durch Auswahl des Sheriffs bestimmten 48 bis 72 Geschwornen sämmtlich vorzuladen, und die Assisensitzung mit der Constituirung des Gerichts durch Loos und Recusation zu eröffnen, was in Frankreich schon nach dem früheren Umfange der Jahresliste des Departements (300 Geschworne), welche jetzt gar auf das Fünffache angewachsen ist, nicht möglich war.

Damit schließt sich vor der Hand die Reihe der französischen Gesetze über die Bildung der Jury. Wir sagen: vor der Hand; denn auf einen längeren Bestand kann auch das Gesetz vom 7. August 1848 nicht zählen. Möchten wir daher in Deutschland den rechten Nutzen aus dieser Lehre ziehen!

Nimmt man nicht das englische, sondern das französische Recht zum Maaßstabe, so zeichnet sich der von Leue [42]) vorgeschlagene Wahlmodus durch seine Einfach-

---

42) a. a. O. S. 57.

heit und Zweckmäßigkeit aus. Nach diesem Vorschlage wird die Generalliste aus drei Klassen von Bürgern gebildet, den Gelehrten, den Grundeigenthümern und den Gewerbetreibenden. Aus dieser Liste werden, ohne weitere Reduction, durch das Loos 40 Geschworne gezogen, welche die Dienstliste bilden, woraus dann durch abermalige Loosung und Recusation die Spruchliste hervorgeht.

II.

Gesetzgeberische Thätigkeit im Großherzogthum Hessen in Bezug auf Strafrecht und Strafverfahren seit dem März des Jahres 1848.

Darlegung von Herrn Advokat Bopp
in Darmstadt.

(Fortsetzung von Nr. XIV. Jahrg. 1849. 4. Heft.)

§. 3.

Gesetz vom 16. März 1848, das Petitions- und Versammlungsrecht betreffend.

Der Art. 81 der Verfassungsurkunde handelte vom Petitionsrecht, dasselbe beschränkend, und erklärte Vereinigungen Einzelner oder ganzer Corporationen zur Berathung allgemeiner politischer Interessen (welche zu wahren blos den Ständen gebühre) für gesetzwidrig und strafbar. Einzelne Verordnungen normirten das Nähere. Die Verkündigung vom 6. März versprach: „Wir werden den Ständen unverzüglich einen Gesetzesentwurf auf Aufhebung des Art. 81 der Verfassungsurkunde vorlegen lassen, damit das Petitionsrecht und das Recht der Volksversammlungen frei ausgeübt werden können." Der am folgenden Tage in die zweite Kammer gebrachte Gesetzesentwurf führte, von den Ständen angenommen, zu dem Gesetz vom 16ten dessel-

ben Monats, das, unter die Garantie des Staatsgrund-
jesetzes gestellt, im Art. 1 die im Art. 81 desselben ent-
haltenen Beschränkungen des Petitionsrechts aufhob und im
Art. 2 hinzufügte: „Das Recht der Versammlungen zur
Berathung über allgemeine politische oder Privatinteressen
kann frei ausgeübt werden." Hierdurch wurde dem Straf-
recht dieses Gebiet entzogen. Zum Commentar dient die
Verordnung vom 25. Mai 1849 wegen „Beschränkung der
Volksversammlungen", im Art. 1 des Inhalts: „Es ist
verboten, eine Volksversammlung unter freiem Himmel im
Umfang der Provinzen Starkenburg und Rheinhessen zu
halten. Die öffentliche Aufforderung zur Abhaltung einer
solchen Versammlung, die Führung des Vorsitzes oder das
öffentliche Auftreten als Redner in derselben wird mit Ge-
fängniß bis zu sechs Monaten bestraft."

§. 4.

Gesetz vom 12. Mai 1848 wegen Abschaffung der militärischen Strafe der körperlichen Züchtigung [13]).

Sowie in andern deutschen Staaten, so hatte sich
auch in der Landgrafschaft Hessen-Darmstadt die körperliche

13) Vergl. dieses Archiv, Jahrg. 1841, S. 230—268: Die Strafe der körperlichen Züchtigung vor dem Forum der Wissenschaft und Erfahrung, von Dr. C. v. Jagemann; Jahrg. 1842, S. 163—187: Noch ein Wort über die körperliche Züchtigung als Strafe, von Dr. Hudtwalcker. (Erwiderung im 35. Bde der Annalen der Criminalrechtspflege, herausgegeben von Schletter, Altenburg 1846, S. 129—151: Noch ein Wort über die körperliche Züchtigung als Strafe, von Dr. Magg in Constanz.); Jahrg. 1843, S. 184—204: Bemerkungen über die Strafart der körperlichen Züchtigung, von Nöllner. S. auch noch den Jahrg. 1845, S. 270 fg.: Zachariä, Bruchstücke aus Bemerkungen zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, S. 282—285:

Züchtigung sowohl als eigentliche Criminalstrafe, wie als Disciplinarstrafe gegen Untersuchungs- und Strafgefangene eingebürgert. Die noch jetzt, nach Einführung des öffentlich-mündlichen Strafverfahrens mit Schwurgericht, nicht ganz unpraktische Peinliche-Gerichts-Ordnung des Landgrafen Ernst Ludwig vom J. 1726 gedenkt der körperlichen Züchtigung, jedoch nur in ihrer Eigenschaft als eigentliche Strafart, sie mäßigend und in bestimmte Grenzen einschließend. Denn es heißt im Tit. 17, der „von Publication und Execution einer Definitiv-Urthel, da die Strafe nicht ans Leben gehet", handelt, §. 6: „Die Strafe der Fustigation betreffend: nachdeme deren bisher drei Gradus üblich gewesen, welche in denen votis und Urtheln folgendermaßen exprimiret und unterschieden zu werden pflegen, als erstlich: mit Ruthen auszustreichen etc., welches den ersten und gelindesten Grad; zweitens: mit Ruthen auszuhauen etc., welche den mittleren Grad, und dann drittens: mit Ruthen geschärfft auszuhauen etc., welches den dritten und härtesten Grad anzeiget; als lassen wir es dabey auch dergestalten gnädigst bewenden, daß bei dem ersten und andern Grad der Delinquent an gewissen determinirten Orten zusammen drey und dreyßig, bei dem dritten und härtesten Grad aber fünf und vierzig Streiche bekommen und die beiden ersten Gradus nur differiren sollen in duriore et remissiore inflictione ictuum, als wessenthalben dem Nachrichter jedesmahl vor der Execution gemessene Ordre (die er durch seine Knechte nicht überschreiten lassen, sondern, um darauf zu sehen und denen-

---

III. Ueber die körperliche Züchtigung, Mittermaier's neueste (14.) Auflage von Feuerbach's Lehrbuch des peinlichen Rechts, Gießen 1847, S. 250, 251, und dessen Werk: Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung etc. Heidelb. Erster Beitrag, 1841, S. 183—185. Zweiter Beitrag, 1843, S. 187.

selben, wann sie streichen sollen, ein gewisses Zeichen zu geben, bei dergleichen Executionen allezeit selbst voran mit hinausgehen soll) mit noch besonders genommener Reflexion auf den Unterschied derer Personen, vel ratione sexus, aetatis, valetudinis u. s. w. gegeben werden muß."

Auch noch in diesem Jahrhundert fand der Gesetzgeber Geschmack an dem Prügelsystem. So schreibt z. B. eine Verordnung v. J. 1810 vor, die „Bären-, Affen- und Kameelführer, auch die Bettelmusikanten" seyen, wenn sie, der Zurückweisung und Warnung ungeachtet, sich ins Land schlichen, „mit einer derben Tracht Schläge zu bestrafen" und diese Strafe sey im Widerholungsfalle zu verdoppeln [14]).

Diese Sympathie für das Prügeln hatte sich noch nicht verloren, als Hand an das Werk der Strafgesetzgebung gelegt ward. Bei der Berathung des Entwurfs der Strafgesetze auf dem Landtage von $^{1838}/_{1840}$ verwarf die zweite Kammer die körperliche Züchtigung als Strafart, während die erste Kammer (Herr v. Linde nahm sie in Schutz als „eine Münze, welche überall Gültigkeit hat", und Herr v. Breidenstein fragte, „warum man ein so vorzügliches Strafmittel bei Seite setzen, sofort die Prügel lediglich dem Privatverkehre überlassen" wolle) einstimmig das Gegentheil that [15]). Die Staatsregierung, welcher die Ent-

---

14) Eigenbrodt, Handbuch der Grh. Hess. Verordnungen Bd. 3. Darmst. 1817, S. 6. 7.

15) Die Berathung dieser Kammer findet sich mitgetheilt S. 243—246 des genannten Jagemann'schen Beitrags und in dem Beitrag zum zweiten Heft der Deutschen Vierteljahrsschrift von 1849. Stuttg.: Verbannung der körperlichen Züchtigung im Großherzogthum Hessen, S. 234—236. *Noch später wurden anderswo Vertheidiger des Prügelsystems laut, z. B.* in dem Königreich der Nieder-

scheidung überlassen wurde, entschied sich im Sinne der zweiten Kammer [16]).

Obgleich nun hiernach die Freunde des Prügelsystems eine Niederlage erlitten, so diente ihnen doch die Betrachtung zum Troste, daß die körperliche Züchtigung als sogenannte Ungehorsamsstrafe gegen Untersuchungsgefangene [17]) als im Militärstrafgesetzbuch eingebürgerte Strafart und als Disciplinarstrafe für Strafgefangene sich aufrecht erhielt.

Leider nur zu oft stieß ich bei Einsicht von Untersuchungsacten auf Protokolle, in welchen der Büttel mit seinem Haselstock figurirte [18]), und tief hat sich das Andenken an den Augenblick in mein Gedächtniß gegraben, da aus

---

lande. So theilt z. B. Advokat Baumhauer in Utrecht in seinem Beitrage zum 19. Bde der Zeitschrift für Rechtswissenschaft u. Gesetzgeb. des Auslandes: Berathungen über den Entwurf des Strafgesetzbuchs für das Königreich der Niederlande in der zweiten Kammer, S. 79 mit: Einzelne verstockte Anhänger der Abschreckungstheorie sprechen von der Beibehaltung der körperlichen Züchtigung. – Diese altmodischen Herren sind dem allgemeinen Spotte in den öffentlichen Blättern nicht entkommen.

16) S. Breidenbach, Commentar, Bd. 1. Abth. 1. Darmst. 1842, S. 196—313.

17) Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, Bd. 1. Karlsruhe 1841. S. 145—181. Nöllner, Ueber die gegen verhaftete Angeklagte zulässigen Arten von Ungehorsamsstrafen, IV. (S. 158 fg.): Die körperliche Züchtigung.

18) Ein ausgezeichneter Inquirent hatte schon früh sich gegen solche Mittel erklärt. Criminalrichter Brill in Darmstadt äußert sich S. 3 des ersten Theils seiner Schrift: Actenmäßige Nachrichten von dem Raubgesindel in den Maingegenden ꝛc. Darmst. 1814: „Bemerken zu müssen, daß die Eingeständnisse auf keine Weise durch angewandte physische Zwangsmittel erpreßt worden sind, würde ich — für Herabsetzung meiner Geschäftsführung halten", bedauernd, daß sie noch immer „von manchen Inquirenten in der Hitze der Leidenschaft angewendet werden."

den Mauern des Arresthauses zu Darmstadt auch zu mir das Gerücht drang, Weidig (mein akademischer Zeitgenosse) habe, weil er geprügelt worden sey, in Verzweiflung Hand an sich gelegt. Freilich geht aus der nach Jahren erschienenen actenmäßigen Darstellung nur hervor, daß der Untersuchungsrichter bei dem Gerichtshof beantragt hatte, gegen den Angeschuldigten den „Farrenschwanz" anzuwenden, und der Hof verfügt hatte, daß ohne seine Genehmigung der Farrenschwanz nicht in Thätigkeit gesetzt, überhaupt keine Schläge ertheilt werden dürften. Aber schon hatte der Untersuchungsrichter dem Angeschuldigten bekannt gemacht, daß er verurtheilt sey, an die Wand gefesselt zu werden und „die geringste fernere Ungebührniß mit Farrenschwanzhieben reprimirt" werden würde [19]). So hing das Schwert des Damokles über dem Haupte des Unglücklichen, der es vorzog, es herabzureißen, um durch seine Hülfe dem Jammer für immer zu entfliehen. Einen in diesen Rückerinnerungen um so schmerzlicheren Eindruck machte daher ein nach Anhörung des obersten Gerichts und des Hofgerichts in Darmstadt an das Hofgericht in Gießen erlassenes Ministerialrescript vom October 1842, des wesentlichen Inhalts, die im diesseitigen Strafprozeß üblich gewesenen disciplinären Strafmittel [20]) seyen auch nach Einführung des Strafgesetzbuchs noch anwendbar, gleichviel, ob sie in dessen Gemäßheit wegen Verbrechen noch infligirt werden könnten; man müsse daher die Schläge

---

19) Nöllner, Actenmäßige Darlegung des wegen Hochverraths eingeleiteten gerichtlichen Verfahrens gegen Pfarrer Dr. F. L. Weidig rc. Darmst. 1844, S. 511 fg.

20) S. meinen Beitrag zum dritten Band der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren. Karlsruhe 1843, S. 214—258: Miscellen über Ungehorsamsstrafen (Darlegung der Praxis im Hervortreten einzelner Fälle), vergl. mit meinem Beitrag zum ersten Band. Karlsruhe 1841, S. 92—109: Collusionskämpfe.

(sowie die Anlegung von Ketten und Sprenger) auch ferner als im Untersuchungsverfahren zulässig ansehen [21]).

Ein auf dem Landtage von $^{1844}/_{1846}$ gestellter Antrag auf Vorlegung des Entwurfs einer zeitgemäßen Strafprozeßordnung, der auch „die fortwährende Anwendung der körperlichen Züchtigung als Disciplinarstrafe" anklagte [22]), hatte das eine Resultat, daß er die Staatsregierung veranlaßte, folgendes Rescript (vom 10. Februar 1847) an die diesseitigen Hofgerichte zu erlassen: „Bekanntlich ist die Statthaftigkeit der körperlichen Züchtigung als Disciplinarstrafmittel im Untersuchungsverfahren durch die Praxis eingeführt worden, die sich wohl vorzüglich darauf stützte, daß sie überhaupt eine Criminalstrafe war. Wenngleich durch den Umstand, daß das Strafgesetzbuch diese Strafart ausgeschieden hat, sie keineswegs, was den Strafprozeß anlangt, schlechthin unstatthaft geworden ist, so ist doch nicht zu verkennen, daß unter solchen Umständen ihre fernere Anwendung im Criminalverfahren wesentlichen Bedenklichkeiten unterliegt. Hierzu kommt, daß der Untersuchungsrichter, während er ohne alle allgemeine

---

21) Zeitschrift für deutsches Strafverfahren. Neue Folge. Zweiter Band. Darmst. 1844, S. 295. 296. — s. auch noch die Annalen der Criminalrechtspflege, herausgeg. von Schletter, Bd. 32. Altenb. 1845, S. 318—323: Disciplinargesetze für die in dem Arresthause in Darmstadt Detinirten (v. J. 1831), Bd. 34, S. 351 fg.: Indicienbeweis. Disciplinarstrafen gegen Inquisiten.

22) S. Anwaltzeitung Jahrg. 1845, wo S. 423—425 dieser Antrag des Abg. Köster mitgetheilt ist, während sich der darüber erstattete Ausschußbericht S. 534—555 findet. Zeitschrift für deutsches Strafverfahren. Neue Folge. Zweiter Band. Darmst. 1844, S. 382—400. Die Discussion, in soweit sie die körperliche Züchtigung als Disciplinarstrafe in Betracht zog, ist mitgetheilt in dem genannten Beitrag zur Deutschen Vierteljahrsschrift S. 238—242, während die betreffende Discussion in der ersten Kammer dort S. 242—247 dargestellt ist. Ich verweise darauf der Kürze wegen.

Vorschrift darüber gelassen ist, in welchen Fällen und in welchem Maaße er körperliche Züchtigung verhängen soll, dennoch Mißbilligung, ja noch schwereren Folgen ausgesetzt ist, wenn die höhere Behörde die Ansicht, auf die hin er handelte, nicht theilt, sowie auch nicht in Abrede zu stellen ist, daß durch Mißgriffe in Zufügung dieses Uebels schweres, kaum zu reparirendes Unrecht geschehen könnte. Wenn nun diese Umstände das Resultat erzeugt haben, daß schon seit geraumer Zeit die Anwendung der körperlichen Züchtigung im Criminalprozeß nur äußerst selten vorkommt, so ist es auch der Fall, den Vorwürfen, welche gegen das deutsche Strafverfahren aus diesem Strafmittel hergeleitet werden, und die kaum mehr ein wirkliches Object haben (?), ein Ende zu machen, nämlich die körperliche Züchtigung ganz aus dem Strafverfahren zu verbannen. Wir zweifeln nicht, daß Sie mit uns einverstanden und hiernach die ihnen untergebenen Gerichte bedeuten werden." Gern erklärten sich — dies kann ich bezeugen — die Gerichte, die Form übersehend, mit der Sache einverstanden.

So war also der unheimliche Gast aus seinem zweiten Winkel vertrieben; es bedurfte der Märztage, um ihn noch weiter in die Enge zu treiben.

Der erste Theil des bereits gedachten Militärstrafgesetzbuchs vom J. 1822, der vom „Militär-Strafrecht" handelt, zerfällt in vier Abschnitte. Der dritte Abschnitt handelt „von den Strafen und dem Verhältnisse derselben zu einander" in den Artikeln 35—85. Der erste Titel desselben (Art. 35 — 74) betrifft die Strafen und ihre Gattungen. Der Art. 35 zählt die einzelnen Strafarten auf, und nennt darunter auch die „körperlichen Strafen". In den Art. 57—68 wird von den Ehrenstrafen gehandelt, zu denen auch die Degradation gerechnet wird. *Hier heißt es nun: „Art. 63:* Die Degradation der ge-

meinen Soldaten besteht in der Versetzung unter den Stock; das heißt, der gerichtlich ausgesprochenen Erklärung, daß der Verurtheilte bei etwaigen künftigen Vergehen auch der, auf den Soldaten sonst nicht anwendbaren körperlichen Züchtigung unterworfen sey [23]). Hiermit ist aber keineswegs ausgesprochen, daß ein solchergestalt degradirter gemeiner Soldat für jedes vorkommende Vergehen mit Stockschlägen bestraft werden müsse; es ist vielmehr die festgesetzte Anwendung von Arrest- und andern Strafen in allen den Fällen vorzuziehen, wo von demselben nach der Individualität des Degradirten, namentlich nach dem, durch seine Versetzung unter den Stock auf sein Ehrgefühl hervorgebrachten Eindrucke eine schnellere und sicherere Erreichung des Besserungszwecks erwartet werden kann. Art. 64: Außer den Fällen, wo das Militärstrafgesetz Degradation überhaupt bestimmt (worunter hinsichtlich der Gemeinen stets die Versetzung unter den Stock verstanden ist), kann diese Strafe auch bei anderen Vergehen, bei deren Verübung der Soldat besonders boshafte oder niedrige Gesinnungen an den Tag gelegt hat, als Schärfungsmittel angewendet werden. Art. 65: Die Strafe der Versetzung unter den Stock wird durch eine besondere Ordre des Regiments- oder Corpscommandeurs wieder aufgehoben, wenn der Verurtheilte sich während eines ganzen, im Dienste zugebrachten Jahrs musterhaft betragen hat." Art. 69 — 71 betreffen die „körperlichen Strafen" und lauten: „Art. 69: Die Strafe der Stockschläge hinsichtlich degradirter Gemeinen (Art. 63 — 65) ist die einzige körperliche Strafe, welche auf Militärpersonen Anwendung findet [24]). Die Vollziehung dieser Strafe geschieht durch einen

---

23) Auch nach den Kriegsartikeln für das kurhessische Armeecorps v. J. 1818 sollten nur Soldaten zweiter Klasse körperlich gezüchtigt werden.

24) Früher gehörte zu dieser Strafe auch das Spießruthenlaufen, von dem Ludovici, Einleitung zum Kriegs-Prozeß

Korporal, aber niemals öffentlich, sondern nur in Gegenwart von Militärpersonen. Die Stockschläge dürfen auf einen andern Theil des Körpers, als auf den Hintern gegeben werden. Befindet sich ein Soldat, an welchem diese Strafe vollzogen werden soll, im Zustande der Trunkenheit, so muß die Vollziehung so lange verschoben werden, bis er nüchtern geworden ist. Art. 70: Das höchste Maaß dieser Strafe besteht in 50 Stockschlägen, Bei Bestimmung des Maaßes in den einzelnen Fällen ist, außer dem Grade der Strafbarkeit, zugleich die körperliche Beschaffenheit des Schuldigen zu berücksichtigen, nach welcher auch zu bestimmen ist, ob die Strafe in eine andere verwandelt, und ob sie auf einmal oder in mehreren Abtheilungen mit Beobachtung angemessener Zwischenzeiten vollzogen werden soll. Art. 71: Die Anwendung dieser Strafe gegen nicht degradirte Gemeine oder gar gegen Unteroffiziere, sowie jede andere körperliche Züchtigung oder Mißhandlung der Soldaten, ist gänzlich untersagt. Uebertretungen dieses Verbots machen einen der strafbarsten Grade des Mißbrauchs der Gewalt aus (Art. 127)."

Auch der Stand, dem diese Gesetzgebung gewidmet war, der Militärstand, blieb von dem Strome der März-

(dritte Aufl. Halle 1718) S. 198 folgendes liebliches Bild entwirft: „Hier kömmt vor das Gassen-Lauffen, oder durch die Spieß-Ruthenlauffen, und werden zuweilen 100, zuweilen etliche Hundert Mann dazu genommen, nachdem das Verbrechen es meritiret; zuweilen muß der Delinquent auch wohl durch die ganze Parade lauffen. Wer gut lauffen kann, der kömmt desto eher durch; allein ich weiß auch, daß nach der Größe des Verbrechens nicht selten ein Unter-Offizierer vor dem Delinquenten vorhergehet, daß er nach seinem Belieben nicht lauffen kann, sondern in der erste fein langsam gehen muß. Wenn einer oder der andere von denen commandirten Soldaten nicht derb zupeitschet, bekömmt er selbst Schläge auf den Puckel." So sah es noch im Anfang des neunzehnten Jahrhunderts aus. Mehr wie einmal war ich als Knabe Zeuge solcher grausamen Mißhandlungen, die man Strafe zu nennen beliebte, und noch immer ist bei dem tiefen Eindruck der blutigen Scene meine Phantasie davon befleckt.

tage nicht unberührt; auch hier hatte sich vielfacher Stoff zur Nahrung der Unzufriedenheit gesammelt, die nun den Mund öffnen durfte. Der Abg. Brunck[25]) machte einen Aufruf zu seinem Antrag, den er am 14. März einbrachte. In diesem Aufruf wurde namentlich auch verlangt „alsbaldige Revision des Militärstrafgesetzbuchs, des Dienstreglements, der Kriegsartikel u. s. w.“ auf parlamentarischem Wege, „Vertretung der Unteroffiziere und Soldaten bei den Kriegsgerichten, gleiche Bestrafung und gleiche Verbüßung der Vergehen und Verbrechen der Militäre.“

Diese Anregung führte auch dazu, daß (es galt, etwas zu thun) schon zwei Tage darauf, am 16. März, der Regierungscommissär des Kriegsministeriums, General v. Bechtold, in der zweiten Kammer erschien und einen Gesetzesentwurf wegen Abschaffung der militärischen Strafe der körperlichen Züchtigung einbrachte. Zur Begründung desselben trug er vor, das Militärstrafgesetzbuch habe die Strafe der körperlichen Züchtigung nur hinsichtlich der degradirten Soldaten[26]) beibehalten; aber auch hinsichtlich dieser (ein bis zwei Prozent) sey diese Strafe immer mehr in Abnahme gekommen, in den letzteren Jahren so gut wie ganz: ein Beweis, daß die Disciplin auch ohne den Stock aufrecht erhalten werden könne[27]); es sei daher um so mehr an der Zeit, diese

---

25) bald darauf Mitglied des Funfziger-Ausschusses und der verfassunggebenden Nationalversammlung.

26) Ein solcher war der Soldat Leonhard Bark, dessen That (Raubmord) ich S. 251 – 281 des 46. Bandes der Annalen der Criminalrechtspflege, Leipzig 1849, darstellte.

27) Der Verfasser der Darstellung im zwölften Band der Monatschrift für die Justizpflege in Würtemberg, Ludwigsburg 1847, S. 169 fg., lehrt S. 213, wann bei dem Militär die körperliche Züchtigung als Strafe in Anwendung komme,

Strafart gänzlich abzuschaffen, als sie durch das allgemeine Strafgesetzbuch schon aufgehoben erscheine; diesen Schritt wolle man nicht bis zur Revision des Militärstrafgesetzbuchs verschieben; diese könne darum nicht so schnell erfolgen, weil wegen einer gemeinschaftlichen Militärstrafgesetzgebung für die Staaten des achten deutschen Armeecorps Verhandlungen mit Würtemberg und Baden erst eingeleitet seyen. Der Ausschußbericht empfahl, unter Hindeutung darauf, daß in dem benachbarten Großherzogthum Baden eben das Militär gleichfalls von dieser Strafart befreit worden sey, der Kammer die unveränderte Annahme des Gesetzesentwurfs [28]), was diese auch ohne weitere Discussion einstimmig that. Auch der Ausschußbericht welcher der ersten Kammer erstattet ward, sprach sich dahin aus: der Gesetzesentwurf erscheine als völlig zeitgemäß. Die Kammer widmete ihm eine ausführlichere Berathung [29]), wobei auch der Präsident, Prinz Emil, das Wort nahm, im Wesentlichen dahin: er sey stets ein Gegner dieser Strafart gewesen, auch damals, wo Gesetz und Meinung sie, in öfterer Anwendung, als unentbehrlich betrachtet habe; daher habe er, wenn seine militärische Stellung ihn genöthigt habe sie anzuordnen, dies nur mit Widerstreben und unter Milderung gethan; es frage sich aber, ob es nicht zweckmäßig sey, diese Strafe in der ihr gesteckten engen Grenze fortbestehen zu lassen, beson-

---

und fügt dann hinzu: „Es darf hierbei aber als erfreulicher Fortschritt — eine Frucht des langen Friedens und der fortschreitenden Humanität — bezeichnet werden, daß körperliche Züchtigungen auch in Fällen, in welchen sie noch zulässig sind, immer seltener werden, und dürfte diese Strafart beim Militär im Frieden wenigstens gänzlich verschwinden."

28) Der Ausschußbericht ist S. 253, 254 des genannten Beitrags zur deutschen Vierteljahrsschrift mitgetheilt.

29) mitgetheilt S. 254—259, jenes Beitrags.

ders für den Fall eines Kriegs, der Verbrechen auftauchen lasse, die von tiefer Verworfenheit zeugten. Indessen habe sich nun einmal die Meinung für deren gänzliche Verbannung ausgesprochen, und so beanstande er den Gesetzesentwurf nicht, wenngleich es schwierig seyn werde, die Ordnung auch ohne den Stock aufrecht zu erhalten. Der Freiherr von Breidenstein (der frühere Vertheidiger dieser Strafe) erachtete den Gesetzesentwurf als ganz entbehrlich und sah in demselben nur eine Probe, die man anstellen könne. Andere Mitglieder der Kammer sprachen mehr oder weniger zu Gunsten des Gesetzesentwurfs. Zuletzt ergriff der Berichtserstatter (v. Arens) und zwar dahin das Wort: „Einen der gewichtigsten Gründe für die gänzliche Beseitigung der körperlichen Züchtigung erblicke ich darin, daß man in neuerer Zeit fast allgemein in dieser Strafe eine Entwürdignng sieht. Diese Idee ist so tief gewurzelt und so allgemein verbreitet, daß man ihr nicht mehr entgegentreten kann. Jede Gesetzgebung muß mit dem Geist der Zeit voranschreiten; thut sie dies nicht, so setzt sich die Zeit über sie hinweg. Die Carolina hat einen Beweis davon geliefert. Noch ehe die Gesetzgebung deren Strenge gemildert, hatte schon die Praxis es gethan. Der vorliegende Fall gehört auch hieher, und die Erklärung der Regierung, daß in neuerer Zeit jene Strafe fast gar nicht in Uebung sey, liefert den Beweis davon" [30]). Die Kammer nahm einstimmig den Gesetzesentwurf an, und nach Erlassung einer gemeinschaftlichen Adresse beider Kammern wurde unterm 12 Mai 1848 folgendes Gesetz

---

30) Bei der Berathung des Entwurfs des Strafgesetzbuchs hatte Herr v. Arens noch für die Aufnahme der körperlichen Züchtigung in die Reihe der Strafarten gesprochen und gestimmt. S. dieses Archiv, Jahrg. 1849. S. 246. 247. Dieser hochstehende Praktiker war also auch „mit dem Geist der Zeit" vorangeschritten, indem er nun so sprach.

publicirt: „Art. 1. Die militärische Strafe der körperlichen Züchtigung, soweit sie bisher hinsichtlich der degradirten Soldaten noch bestanden hat, ist abgeschafft. Art. 2. Die Art. 63, 69, 70 des Militärstrafgesetzbuchs sind aufgehoben. An die Stelle der bisherigen Degradation der Soldaten tritt die Versetzung zur Strafclasse. Was in den Art. 64, 65 und in andern Artikeln des Militärstrafgesetzbuchs hinsichtlich der Degradation der Soldaten (Versetzung unter den Stock) bestimmt ist, gilt nun von der Versetzung zur Strafclasse. (Der dritte und letzte Artikel handelt von der Wirkung der Versetzung eines Soldaten zur Strafclasse.)

Noch immer steht indessen der Stock noch in einer Ecke. Die körperliche Züchtigung hat sich noch aufrecht erhalten als Disciplinarstrafe gegen Strafgefangene. Indessen ist ihr auch in dieser Eigenschaft schon der Krieg angekündigt, der sie besiegen wird.

Schon auf dem Landtage von $^{1838}/_{1840}$ beschloß die zweite Kammer bei der Abstimmung über die Frage, ob die körperliche Züchtigung als Strafart zugelassen werden solle, auf den Antrag des Abg. Glaubrech, „die Staatsregierung um baldigste Vorlegung eines Gesetzesentwurfs zu ersuchen, wodurch die Disciplinarstrafen gegen Verurtheilte und die Hauptgrundsätze über die Behandlung der Gefangenen in den Strafanstalten festgestellt werden." Indem derselbe Abgeordnete (Obergerichtsrath in Mainz) am 28 Februar 1849 einen Antrag wegen Vorlegung eines Gesetzesentwurfs über die Disciplin in den Strafanstalten einbrachte, bezog er sich auf jenen Beschluß der Kammer, und fügte hinzu: „Die damalige Regierung fand es jedoch ihrem Systeme und ihren Principien entsprechender, diesen wichtigen Gegenstand, der nach den klaren Bestimmungen der Verfassungsurkunde offenbar in das Bereich der Gesetzgebung gehört, durch einseitige Verfü-

gungen zu reguliren. Ohne Rücksicht auf den Ausspruch der zweiten Kammer von 1840 erließ sie unter dem 18. August 1843 eine Verordnung für die Correctionshäuser, wodurch gegen die Verurtheilten wegen einfacher, zum Theil selbst unbedeutender disciplinwidriger Handlungen, z. B. Empfang oder Absendung eines Briefs, Empfang von Kleidungsstücken oder Lebensmitteln, Sprechen mit einer Schildwache, oder Sprechen eines männlichen mit einem weiblichen Gefangenen, schwere körperliche Strafen, welche das Strafgesetzbuch selbst gegen grobe Verbrechen nicht gestattet, verhängt werden. Hieher gehören namentlich Kettentragen bis zu vier Wochen, Anfesselung an die Wand im strengen Arrestzimmer bis zu vier Wochen, Kettentragen sogar unter gleichzeitiger Entziehung der warmen Kost, welche Entziehung ebenfalls bis auf vier Wochen ausgedehnt werden darf, während das Strafgesetzbuch eine Beschränkung der Kost auf Wasser und Brod nur je um den andern Tag gestattet, und endlich Hiebe mit der Knotengeißel [31]). Die letzte Strafe soll an die Stelle der vorhergehenden verhängt werden, wenn ein Gefangener sich öfter disciplinwidriger Handlungen schuldig macht, oder auch dann, wenn ein Gefangener so kurz vor seiner Entlassung eine solche Handlung begeht, daß die gewöhnliche Strafe dafür nicht mehr vollständig vollzogen werden könnte, und es sollen in diesen Fällen für einen Tag Kettentragen drei Hiebe, für einen Tag Entziehung der warmen Kost oder einfacher Einsperrung im Blockzimmer sechs, und für einen Tag Anfesselung an die Wand des strengen Arrestzimmers neun Hiebe ausgesprochen werden." Indem der Antragsteller nun noch darlegte, daß alle diese Strafen von dem Intendanten der

---

31) Ueber eine sehr ähnliche Erscheinung s. d. 34. Band der Annalen der Criminalrechtspflege, Altenb. 1846, S. 311 fg. Lucius, Das Amtsarresthaus zu Dresden.

Strafanstalt dictirt würden und nur die Thätigkeit der Knotengeißel von der Ermächtigung der Verwaltungsbehörde abhänge, äußert er sich weiter dahin: „Nach dieser Verordnung steht also der, welcher wegen eines bloßen Vergehens in eine einfache Correctionshausstrafe verurtheilt worden ist, geradezu außer dem Gesetz; denn weder die Gesetze noch die Gerichte können ihn schützen; ein Mann von Bildung ist wegen unbedeutender Versehen der entehrendsten und grausamsten Behandlung eines Gefängnißdirectors ausgesetzt, und bloße Verwaltungsbeamten erkennen Strafen, welche die Stände aus dem Strafgesetzbuch verwiesen haben, und welche selbst das höchste Gericht gegen den schwersten Verbrecher nicht aussprechen darf. In der Provinz Rheinhessen war die Strafe der körperlichen Züchtigung längst unbekannt. Wie hart auch die frühere jenseitige Strafgesetzgebung war, sie achtete doch die menschliche Würde, sie erblickte in dem correctionell Bestraften immer noch den Staatsbürger, sie würdigte ihn nicht durch körperliche Züchtigung zum Thiere herab." Nach weiteren Betrachtungen und Hervorhebung der Thatsache, daß jene Verordnung die körperliche Züchtigung in Rheinhessen wieder eingeführt habe und dort in Uebung sey, auch nicht im Regierungsblatt publicirt worden wäre, so daß er erst vor kurzem durch einen Zufall zu ihrer Kenntniß gekommen sey, sowie unter Hindeutung auf die Grundrechte der Nation, welche die Strafe der körperlichen Züchtigung verbannt hätten, forderte der Antragsteller die Kammer auf, die Staatsregierung zu veranlassen, jene Verordnung von 1843 nebst allen ähnlichen Verordnungen bezüglich aller der Bestimmungen, welche andere Strafgattungen, als die im Strafgesetzbuch aufgeführten, dictirten, aufzuheben und einen Gesetzesentwurf über die Disciplin in den Strafanstalten vorzulegen.

Als der Präsident die Kammer von der Einbringung des Antrags in Kenntniß gesetzt hatte, drückte der Antragsteller, das Wort nehmend, den lebhaftesten Wunsch aus, daß über seine Motion baldmöglichst Bericht erstattet werden möge. Indessen kam es nicht dazu, obgleich noch drei Monate lang getagt wurde. Es ist aber zu erwarten, daß der Antrag auf dem nahen Landtage wieder auftaucht und seine Befriedigung findet [32]). Bis dahin ist, um mit dem Hrn. v. Breidenstein zu reden, die körperliche Züchtigung nicht „lediglich dem Privatverkehr überlassen."

§. 5.

Gesetz vom 24. Juni 1848 wegen Wiederherstellung der staatsbürgerlichen Rechte der wegen politischer Vergehen Verurtheilten.

Unterm 19. März 1848 wurde folgendes Edict, „die wegen politischer Vergehen Verurtheilten oder Beschuldigten betreffend", publicirt: „Wir haben zwar bereits durch Unser Edict vom 14. März 1848 im Allgemeinen bedeutende Straferlasse gnädigst bewilligt; es ist Uns jedoch ein Bedürfniß des Herzens, Unsere Milde insbesondere noch auf eine Kategorie von Verbrechen und Vergehen auszudehnen, an welche die Erinnerung um so mehr erlöschen mag, da Wir das Vertrauen hegen, daß zu solchen Uebertretungen bestehender Gesetze der jetzige politische Zustand des Großherzogthums keine Veranlassung mehr geben

32) Dabei wird auch die Erfahrung gefragt werden. So findet sich z. B. S. 423 des 8. Bandes der Jahrbücher für Gefängnißkunde und Besserungsanstalten, Darmst. 1846, folgende Notiz: Seitdem in der Insterburger Strafanstalt die Schläge überhaupt nur in den alleräußersten Fällen zur Anwendung kommen, haben die Bestrafungen abgenommen und sind im Jahr 1842 um zwei Drittheile geringer gegen die früheren Jahre gewesen.

wird. Wir verordnen demnach: Art. 1. Allen denen, welche bis zum Tage des heutigen Edicts sich politischer Verbrechen oder Vergehen schuldig gemacht haben, ist, insoweit sie nicht die dafür gerichtlich erkannten Strafen bereits verbüßten, oder in soweit sie nicht früher begnadigt worden sind, die Strafe hiermit erlassen. Die wegen solcher Verbrechen oder Vergehen anhängigen Untersuchungen sollen niedergeschlagen seyn und neue Untersuchungen nicht eingeleitet werden. Art. 2. Die Untersuchungskosten, welche in Folge rechtskräftiger Verurtheilung vom Angeschuldigten zu ersetzen und am Tage des gegenwärtigen Edicts noch nicht abgetragen sind, sollen nicht weiter angefordert werden." Dieser erste Schritt führte zu dem zweiten, den die Gesetzgebung zu thun hatte. In der Sitzung der zweiten Kammer am 5. April erschien als Regierungscommissär der Ministerialrath Emmerling und legte „zur Vervollständigung" der in jenem Edict „bethätigten Milde" folgenden Gesetzesentwurf vor: „Alle diejenigen, welche bis zum 19. März 1848 wegen eines politischen Verbrechens oder Vergehens zu einer Strafe, die ihre staatsbürgerlichen Rechte beeinträchtigt hat, verurtheilt worden sind, sollen in den vollen Genuß des Staatsbürgerrechts hiermit wiederum eingesetzt seyn, sowie überhaupt alle gesetzlichen Folgen der gegen sie erkannten Strafen hiermit beseitigt werden. Art. 2. Dasselbe gilt von denen, welche wegen eines politischen Verbrechens oder Vergehens bis zum Tage des oben gedachten Edicts von der Instanz absolvirt worden sind." Diesen Gesetzesentwurf begleitete der Regierungscommissär mit Motiven; nach einer Einleitung des Inhalts: „Derselbe (der Gesetzesentwurf) wird sich, abgesehen von den Rücksichten der Humanität und der neuen socialen und politischen Zustände, die uns umgeben, schon um der Gerechtigkeit willen zur Annahme empfehlen. Denn der Art. 1 des Ge-

setzes vom 28. September 1842, betreffend die Abänderung des Artikel 16 und 60 der Verfassungsurkunde [33]), hat an die rechtskräftige Verurtheilung zur Zuchthausstrafe unbedingt den Verlust des Staatsbürgerrechts geknüpft, während in dem Art. 4 desselben Gesetzes, namentlich in Beziehung auf das Recht der Standschaft, nur die Abolition, nicht aber auch die Begnadigung nach erfolgten Strafurtheilen oder Absolutionen von der Instanz einem freisprechenden Erkenntnisse gleich geachtet ist. Es würden daher jetzt diejenigen, welche wegen politischer Vergehen nur erst in Untersuchung waren, oder einer Untersuchung bisher sich durch die Flucht entzogen hatten und durch die Abolition in dem Edict vom 19. März vollständig begnadigt worden sind, in Ansehung ihrer staatsbürgerlichen Rechte in einer bessern Lage sich befinden, als die, welche abgeurtheilt sind und dadurch an ihrem Staatsbürgerrechte eine Einbuße erlitten haben, welche ein bloßes Gnadenwort nicht mehr beseitigen kann. Eine völlige Gleichstellung dieser verschiedenen Kategorien erscheint aber als ein unabweisliches Gebot der Gerechtigkeit. Der Art. 1 des Gesetzes umfaßt diejenigen, welche in Folge einer rechtskräftigen Verurtheilung zu einer Strafe wegen politischer Vergehen an ihren staatsbürgerlichen Rechten irgend einen Verlust erlitten haben, und rechtfertigt sich — von selbst. In dem Art. 2 sind dagegen diejenigen begriffen, welche vermöge aus gleichem Grunde erlittener bloßer Absolution von der Instanz sich im Zustande der Suspension des Staatsbürgerrechts befinden, oder, weil nicht gänzlich freigesprochen, in dem Rechte der Standschaft beeinträchtigt seyn möchten. Auch sie bedürfen, dem eben Gesagten

---

33) Abgedruckt S. 20—22 der Küchlerschen Schrift: Einleitender Theil zur Gesetzgebung des Großherz. Hessen, Darmstadt 1848.

zu Folge, der gesetzlichen Hülfe, damit diese politischen Rechte ihnen wieder unbestritten zu Theil werden." Der an den Abg. Köster (Hofgerichtsrath) Namens des Gesetzgebungsausschusses erstattete Bericht trug, „mit dem Gesetzesentwurf und den Motiven einverstanden", auf Annahme an, und diesen Antrag nahm die Kammer ohne alle Discussion einstimmig an. Auch der, der ersten Kammer von dem Freiherrn v. Arens erstattete Bericht des Gesetzgebungsausschusses beschränkte sich nach einer kurzen Einleitung darauf, auf die Motive des Gesetzesentwurfs als erschöpfend hinzudeuten, und darauf anzutragen, sie möge denselben gleichfalls annehmen. Bei der Berathung nahmen drei Mitglieder das Wort. Herr v. Hombergk bemerkte, der Begriff: politisches Verbrechen, sey unbestimmt und werde von dem Strafgesetzbuch nicht gekannt; manche Zweifel hätten sich erhoben, z. B. darüber, ob Ungehorsam und Widersetzlichkeit der Kategorie politischer Vergehen angehöre; bei diesen Zweifeln müsse der Staatsregierung die Entscheidung überlassen werden. Der Graf von Görtz meinte, im Zweifel müsse in Betracht der Tendenz der Fall als dieser Kategorie angehörend angesehen werden. Kanzler Dr. Birnbaum stimmte beiden Rednern bei, hinzufügend: Der Begriff eines „politischen" Verbrechens ist weder gemeinrechtlich noch partikularrechtlich bei uns genau bestimmt; er hat sich erst durch die Doctrin, insbesondere aber durch die in Frankreich aufgestellten Ansichten gebildet [34]), und es erkennen alle Juri-

34) Vergl. den 47. Band der Annalen der Criminalrechtspflege, Leipz. 1849, S. 82—85: Internationales Verhältniß zwischen Frankreich und dem Großherzogthum Hessen in Bezug auf Strafrechtspflege. Nach den dort mitgetheilten Staatsverträgen wegen Auslieferung ist namentlich das Moment Bedingung derselben, daß das Verbrechen „nicht politischer Natur ist." Auf dem letzten Landtage wurden mehrere Anträge gestellt, die sich des Ausdrucks „politische Verbrechen" oder „politische Vergehen" bedienten.

sten die Unbestimmtheit des Begriffs an. Er ist auch nicht identisch mit dem des Staatsverbrechens, welchen man sonst allgemein dem des Privatverbrechens gegenüber stellte, wogegen heutzutage diese Eintheilung ganz verworfen wird, meiner Ansicht nach ohne hinreichenden Grund, sowie ich auch nicht zugeben kann, daß sie unserem neuen Strafgesetzbuch ganz fremd sey, was öfters theils zum Ruhm, theils zum Tadel desselben behauptet worden ist. Für die hier angeregte Frage ist aber jedenfalls zu bedenken, daß das vorliegende Gesetz ein transitorisches ist, und da es in Verbindung mit dem Gnadenacte steht, dürfte auch eine nähere Begriffsbestimmung, was man unter „politischen" Verbrechen zu verstehen habe, in demselben nicht nöthig seyn."

Die Kammer nahm gleichfalls einstimmig den Gesetzesentwurf an, der unterm 24. Juni als Gesetz publicirt ward.

§. 6.

Gesetz vom 24. August 1848 wegen definitiver Uebertragung der Polizeigerichtsbarkeit, einschließlich der Forstgerichtsbarkeit, in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen an die Gerichte.

In der 40. Sitzung der zweiten Kammer am 15. April 1848 legte der Regierungscommissär, Ministerialrath v. Lindelof, folgenden Gesetzesentwurf vor: Art. 1. „Die Polizeigerichtsbarkeit, mit Einschluß der Forstgerichtsbarkeit, welche Wir in Gemäßheit Unseres Edicts vom 6. Juni 1832 in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen provisorisch haben von den Gerichten ausüben lassen [35]), soll von nun an definitiv an die Gerichte über-

35) S. meine Schrift: Hessische Beiträge für Rechtskunde, Th. 1. Darmst. 1842. S. 55—100: Das Edict vom 6. Juni 1832

tragen seyn. Art. 2. Die Bestimmung Unseres, die Recurse in Polizei- und Forststrafgesetzen betreffenden Gesetzes vom 1. Juli 1836 [36]), wonach gegen die eine Geldstrafe aussprechenden Erkenntnisse der Stadt- und Landgerichte als Polizei- und Forstgerichte erster Instanz den Verurtheilten der Recurs an die Hofgerichte, als Polizei- und Forstgerichte zweiter Instanz, nur dann zustehen soll, „„wenn auf eine Geldstrafe über fünf Gulden erkannt worden"", wird dahin abgeändert, daß dieser Recurs künftig, wenn die Geldstrafe die Summe von drei Gulden erreicht oder übersteigt, zuzulassen ist. Art. 3. Der nach dem angeführten Gesetze vom 1. Juli 1836 den Verwaltungsbehörden zustehende Recurs findet künftig außer dem Falle, wenn das Erkenntniß als nichtig angefochten wird, nur da statt, wo der Recurs darauf gebauet wird, daß dieses Erkenntniß eine Gesetzesverletzung enthält." Diese Vorlage begleitete der Regierungscommissär mit folgenden Motiven: „Beide Kammern der Stände haben bei der Annahme des die Aufhebung des Polizeistrafgesetzes betreffenden Gesetzes der Staatsregierung den Wunsch ausgesprochen: durch einen baldigst vorzulegenden Gesetzesentwurf die Polizeigerichtsbarkeit in den beiden diesseitigen Provinzen definitiv den Gerichten zu belassen. Diese definitive Uebertragung der Polizeigerichtsbarkeit an die Gerichte, die bereits durch das dem Polizeistrafgesetze beigefügte Einführungsgesetz sanctionirt war, bedarf jetzt, nachdem diese Gesetze am 16. vorigen Monats aufgehoben sind, einer neuen gesetzlichen Bestimmung. Wird der hierauf gerichtete Artikel 1 des vorliegenden Entwurfs zum

---

wegen Uebertragung der Polizeigerichtsbarkeit, einschließlich der Forstgerichtsbarkeit, in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen an die Gerichte mit seinen Umgebungen, und Anfügung zweier Rechtsfälle.

36) S. ebendas. S. 77—84.

Gesetze erhoben, so werden die Gerichte in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen die Polizeigerichtsbarkeit, einschließlich der Forstgerichtsbarkeit, künftig in derselben Art definitiv, wie bisher provisorisch, ausüben. In Beziehung auf die gegen Erkenntnisse dieser Polizei- und Forstgerichte zulässigen Recurse enthält das Gesetz vom 1. Juli 1836 zwei Bestimmungen, deren Abänderung in den Artikeln 2 und 3 des Gesetzesentwurfs in Aussicht gestellt wird. Wenn nämlich 1) die Stadt- und Landgerichte als Polizei- oder Forstgerichte erster Instanz Jemanden zu einer Geldstrafe verurtheilt haben, so steht diesem gegen das Erkenntniß nur dann ein Recurs zu, wenn die erkannte Geldstrafe mehr als fünf Gulden beträgt. Nach dem Entwurfe soll der Recurs künftig schon dann, wenn die Geldstrafe die Summe von drei Gulden erreicht oder übersteigt, zugelassen werden. 2) Nach eben jenem Gesetze hat die Verwaltungsbehörde ein nur durch eine gewisse Frist beschränktes Recht, Recurs zu ergreifen; namentlich kann sie von diesem Recursrechte Gebrauch machen, wenn sie ausführt, daß ein für nicht geführt erklärter Beweis vollständig erbracht oder daß die erkannte Strafe zu gering sey. Nach Art. 3 des vorliegenden Entwurfs soll dieser Recurs künftig nur dann stattfinden, wenn die Verwaltungsbehörde das Erkenntniß anficht, entweder, weil es eine Nichtigkeit oder weil es eine Gesetzesverletzung enthalte; so daß hinsichtlich dieses Recursrechts die Verwaltungsbehörde künftig auf dieselben Grenzen beschränkt wird, wie in der Provinz Rheinhessen der Staatsprocurator bei dem ihm gegen Erkenntnisse der Polizeigerichte zustehenden Rechtsmittel der Cassation. Die Gründe, aus denen in den beiden diesseitigen Provinzen die Erkenntnisse der Polizei- und Forstgerichte als nichtig angegriffen werden können, giebt das Gesetz vom 1. Jul 1836 Artikel 9 speciell an; diese Gründe sind: wenn das Erkenntniß entweder von dem nicht zuständigen oder sonst

unfähigen Richter, oder ohne daß der Bestrafte vorher zur Vernehmung geladen wäre, erlassen worden ist."

Die Kammer nahm nach dem Antrag des Gesetzgebungsausschusses, der zugleich hervorhob, der Gesetzesentwurf beweise, daß die jetzige Staatsregierung den früher bestimmten Grundsatz anerkenne, daß die Zuständigkeit der Gerichte, den Verwaltungsbehörden gegenüber, nur durch einen Act der Gesetzgebung regulirt werden könne, ohne alle Discussion einstimmig den Gesetzesentwurf an. Der von dem Gesetzgebungsausschusse der ersten Kammer durch den Freiherrn v. Arens erstattete Bericht sprach sich eingangsweise dahin aus: „Die durch das Edict vom 6. Juni 1832 verordnete provisorische Ueberweisung der Polizei- und Forstgerichtsbarkeit an die Gerichte hat sich als sehr zweckmäßig und wohlthätig bewährt" [37]), und beantragte die Annahme des ersten Artikels. Ebenso empfahl er die Annahme des zweiten Artikels, für welchen ein doppelter Grund rede: der, „daß durch die vorgeschlagene Erweiterung das materielle Recht mehr gefördert werde, sowie der, daß diese Erweiterung dazu beitragen wird, die diesseitige Gesetzgebung mit der in Rheinhessen bereits bestehenden, wonach in Gemäßheit des Art. 172 des Code d'instr. crim. der Recurs von den friedensgerichtlichen Urtheilen an das vorgesetzte Collegialgericht schon in dem Falle, in welchem auf eine Geldstrafe von 5 Franken erkannt worden ist, zulässig erscheint, mehr in Uebereinstimmung zu bringen." Dagegen erklärte sich der Ausschuß gegen den dritten Artikel unter ausführlicher Entwickelung

37) Mit gutem Grunde hob dies schon Mittermaier S. 228 des ersten Theils seines genannten Werks: Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung 2c., hervor. S. noch dessen neueste Auflage von Feuerbach's Lehrb. des peinl. Rechts, Gießen 1847, S. 49 (Note 4 d. Herausg.). Ueber Preußen s. den Jahrg. 1847 dieses Archivs, S. 183, und den Jahrg. 1848 desselben, S. 190, 191.

der Gründe, den Antrag stellend, ihn zu verwerfen, und zu beschließen, daß 1) mit Aufhebung der in dem Art. 11 des Gesetzes vom 1. Juli 1836 enthaltenen entgegenstehenden Bestimmungen die Recurse, welche von den Verwaltungsbehörden gegen in Polizei- und Forststrafgesetzen erlassen werdende Urtheile zu verfolgen sind, ganz an dieselben Bedingungen und Voraussetzungen, welche für den von dem Angeschuldigten zu ergreifenden Recurs vorgeschrieben sind, gebunden werden mögen, und 2) auch den durch die Uebertretung der Polizei- und Forststrafgesetze Beschädigten (der sogenannten partie civil) das Recht des selbstständigen Recurses unter denselben Bedingungen und Voraussetzungen, unter welchen der Angeschuldigte zu recurriren befugt ist, verliehen werden möge. Nach einer ausführlichen Berathung nahm die erste Kammer die Art. 1 und 2 einstimmig an, indem sie den Art. 3 und die Anträge des Ausschusses verwarf, und einstimmig beschloß, die Staatsregierung zu ersuchen, 1) über die Art und Weise, wie der Recurs der Verwaltungsbehörden zu beschränken, und 2) in welcher Weise den Beschädigten ein selbstständiges Recursrecht zu gewähren sey, eine besondere Gesetzesvorlage zu machen.

Der weitere Bericht des Ausschusses der zweiten Kammer empfahl das Beharren bei der Annahme des dritten Artikels und fügte am Schlusse hinzu: „Eben so wenig vermögen wir Ihnen anzurathen, dem von der ersten Kammer beschlossenen Antrag beizutreten. Der erste Theil ist durch die Vorlage des Art. 3 schon erledigt, indem wir nicht wüßten, welche bessere Bestimmung gegeben werden könnte. Ebenso ist bezüglich des zweiten Theils, in soweit es geschehen kann, bereits in dem Art. 4 des Gesetzes vom 1. Juli 1836 Bestimmung getroffen. Der vorliegende Entwurf setzt hierüber nichts fest und beläßt es also bei dem Bestehenden, nach unserm Ermessen mit vollem

Recht, weil, wie auch der Herr Regierungscommissär in der ersten Kammer bemerkt hat, die schwierigen Grundsätze darüber, was der Beschädigte zu beobachten hat, wenn er sein Privatrecht als Civilpartie, insbesondere auch in den höheren Instanzen geltend machen will, nicht blos bei einem speciellen Gegenstande normirt werden könne, sondern der bestehenden Strafprozeßordnung überlassen werden müsse." Die Kammer beschloß ohne Discussion einstimmig, bei der Annahme des dritten Artikels zu beharren.

Auch die erste Kammer beharrte nach dem Antrag des Ausschusses auf ihrem Beschluß. Da es so zu keiner Vereinigung kam, so wurden nur die beiden ersten Artikel des Gesetzesentwurfs zum Gesetz erhoben (Gesetz vom 24. August 1848).

(Der Schluß folgt im nächsten Hefte.)

III.

Die Strafrechtswissenschaft
und die Anforderungen
an eine neue Strafgesetzgebung.

Von

Abegg.

Die verschiedenen Methoden der Behandlung der Rechtswissenschaft, die theils nacheinander, theils nebeneinander, zufolge eines nothwendigen, dem Gegenstande selbst innewohnenden Gesetzes sich geltend gemacht haben, so wie die äußern Einflüsse, die hiebei auf das Schicksal und die Gestaltung der Wissenschaft sich wirksam erzeigen, mußte sich bei jedem einzelnen Zweige derselben bethätigen: aber bei keinem — etwa das Staatsrecht ausgenommen — ist dies in größerm Maaße und in sichtbarerer Weise der Fall gewesen, als im Strafrechte; dieses in der weitern Bedeutung und mit Inbegriff des Verfahrens aufgefaßt [1]). Allerdings erscheint, je nach der Beschaffenheit des Gegenstandes und seiner Quellen, die eine oder andre s. g. Methode, die philosophische oder die geschichtliche, oder die dogmatisch-praktische als durch den Inhalt bedingt, vorherrschend; aber sie durfte nicht ausschließend seyn, ohne

1) Mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 31. und daselbst weitere literärische Nachweisnngen.

Nachtheil für die Sache, die in ihrer Totalität nach allen Seiten begriffen zu werden verlangte, und sich jeder Einseitigkeit mit der ganzen Energie des Lebens widersetzte. Das Vorherrschen irgend einer Richtung, einer Behandlungsweise enthält und besagt schon, daß auch die andern Richtungen, als berechtigte, ihre Geltung behaupten — wie denn nothwendig, da der Gegenstand ein Ganzes und, wissenschaftlich erfaßt, ein organisches ist, dieses sich auch für die Betrachtung bethätigen muß, so daß, wenn die eine Seite, die er darbietet, hervorgehoben wird, damit nicht die andern, die für jetzt zurücktreten, ganz entfernt sind. Es ist, wenn es anders erscheint — und in der That kann man es nur einen Schein nennen, der bei gründlicher Betrachtung schwindet und der Wahrheit weicht — mehr nur der individuelle Standpunkt, das Verhältniß des Einzelnen zu dem Gegenstand, dem eine Einseitigkeit zugeschrieben werden kann. Diese, der unläugbar auch schon darum viel Gutes verdankt wird, weil, wo von dem Individuum etwas Tüchtiges geleistet werden soll, eine gewisse Beschränkung, eine Selbstbeherrschung gefordert wird, um in dem engern Gebiete in die Tiefe, und der Sache auf den Grund zu gehen — diese Einseitigkeit wird ihr Gefährliches verlieren, indem ihr eine solche von dem andern Standpunkt Anderer gegenübertritt, so daß die Sache ihr Recht nach allen Seiten, — deren keine unbeachtet bleibt, deren jede in möglichster Vollständigkeit beleuchtet wird, — durch die gemeinsame Arbeit, durch das Zusammenwirken der verschiedenen, nur scheinbar entgegengesetzten Kräfte gewahrt findet. Die Wissenschaft, alle Gegensätze vereinigend, aber über diesen stehend, sie beherrschend, deren Vertreter hier gleichfalls als geistig Verbundene gedacht werden müssen, ist über den Parteien und den Kämpfern, und nur so ist sie die Wahrheit, nur so eröffnet sie ihren Reichthum jedem Strebenden zum Genuß, zur

eigenen Belehrung und Läuterung, nur als dieses organische Ganze und von einem diesem entsprechenden Mittelpunkte aus, auf dem sich alle Richtungen wie Strahlen zurückbeziehen, eröffnet sie Jedem ein Gebiet, wo, nach welcher Seite der Bearbeitung es auch seyn möge, eine Fortbildung, eine erfolgreiche Bemühung statt finden kann.

Im Strafrechte nun sehen wir, nach dem jetzigen Standpunkte der Wissenschaft und der Geschichte ihrer Bildung, den Einfluß der verschiedenen Behandlungsweisen, wie sie theils nacheinander, theils nebeneinander vorkommen; und zwar, was das Nacheinander, also das oft bis zum Extrem der Einseitigkeit gehende Vorherrschen einer Methode betrifft, auch mit allen den nachtheiligen Folgen, die dies für die Wissenschaft und selbst für die Anwendung haben mußte, freilich zum Theil auch wieder mit dem Correctiv, dessen so eben, als in der Sache liegend, gedacht worden ist. Es darf dabei Eines nicht unbemerkt bleiben. Wäre jede Methode oder Auffassungs- und Behandlungs-Weise in ihrer wahrhaften Bedeutung zur Uebung gelangt, so würde schon dadurch der Einseitigkeit und dem Irrthume begegnet worden seyn: denn dann würde z. B. die philosophische nicht einen Gegensatz gegen die geschichtliche gemacht, sondern sich zu dieser und der dogmatisch-praktischen in das richtige Verhältniß gesetzt haben; es würde die geschichtliche nicht so mißverstanden worden seyn, als wäre ihr die tiefere innere Rechtfertigung fremd, und als handle es sich nur um die Feststellung des Gewordenen, welches als solches und in seiner bloßen Aeußerlichkeit eine Berechtigung hätte, und als läge das Praktische und das Recht der Zeit, mit den nothwendigen Anforderungen derselben, ihr ganz fern; es würde endlich nicht die praktische Richtung der Vorwurf getroffen haben, in der Behauptung einer unmittelbaren Gültigkeit des Bestehen-

den die wesentliche Bedeutung, welche, selbst in Beziehung auf Letzteres, dem philosophischen und geschichtlichen Momente zukommt, verkannt oder übersehen zu haben. Das wahre Verhältniß ist das gegenseitiger Anerkennung nothwendiger für die Betrachtung der Sache selbst geforderter und in ihr gegründeter Unterschiede, die nicht feindliche und unvereinbare Gegensätze sind, und somit der Einheit derselben, welche eben darum von der Wissenschaft festgehalten werden muß, weil hier nicht die Rede ist von willkührlichen und von Außen hergebrachten Bestimmungen, sondern von dem, was dem Gegenstande angehört (immanent ist). Für diese Auffassung habe ich stets mich erklärt, und in dem entsprechenden Sinn meine Beiträge zu der Lösung der gemeinsamen Aufgabe zu liefern mich bestrebt. Aber das Verkennen des richtigen Verhältnisses, welches allein jene Einseitigkeit möglich macht, hat vielfachen Schaden gestiftet. Ohne solche, wenn auch fehlerhafte Versuche geht es aber überhaupt nicht ab: mag man später das für irrthümlich Erkannte von der Wissenschaft ausscheiden, weil es dieser fremd ist; in der Geschichte derselben und ihrer Bearbeitung, aus der es nicht entfernt werden kann, behauptet es seine Stelle.

Wenn wir nun innerhalb der Wissenschaft, als deren Seiten und Richtungen, die den verschiedenen Methoden zu Grunde liegen, jene drei genannten finden, die philosophische, die historische und die praktische, so tritt der Wissenschaft in der engern Bedeutung gegenüber die Gesetzgebung und die Anwendung. Zwischen diesen dreien, die wiederum in der Wissenschaft im weitern Sinn ihre Stelle haben, findet nun dasselbe Verhältniß gegenseitiger Voraussetzung und Anerkennung statt — von dessen richtiger Auffassung eben so ein gedeihliches Ergebniß abhängt, als das auch hier vorkommende Mißverständniß, das willkührliche und dem Begriffe widerspre-

chende Losreißen des Verbundenen, das Trennen der Einheit sich nachtheilig erweisen muß.

Es soll hier dieses Verhältniß mit seinen Folgen nicht weiter dargestellt werden: die Grundsätze, die ich in einem weiten, nicht auf das Gebiet des Strafrechts sich beschränkenden Umfange aufstelle, sind früher erörtert worden; und es herrscht hier unter den Bearbeitern der Wissenschaft im Ganzen eine Uebereinstimmung, die eben so auf einer innern Nothwendigkeit beruht, als sie für dieselbe Zeugniß giebt. Aber es war nothwendig, dieses Allgemeine vorauszuschicken, um für die folgende Betrachtung einen Ausgangspunkt und eine Grundlage zu haben.

Was ist die Aufgabe unserer Zeit in Beziehung auf die Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung? Ist diese von der früheren und bisherigen durchaus verschieden? Hat die Gesetzgebung in formeller und materieller Hinsicht einen ganz neuen Weg einzuschlagen, oder darf der bis jetzt verfolgte als geeignet angesehen werden, das Ziel — wenn man über dieses einverstanden ist — zu erreichen? Hat dabei die Wissenschaft eine Berechtigung und einen Antheil — oder verhält sie sich gleichgültig zu den Anforderungen der Gegenwart, oder ist sie vollends an sich und in ihren Vertretern gar nicht berufen, sich bei den jetzt zu unternehmenden Arbeiten zu betheiligen? Sind ihre Lehren unfruchtbar, und haben die Wahrheiten, ja hat die Wahrheit, die sie sich, wenn auch nicht durchgängig gefunden, doch redlich gesucht zu haben rühmen darf, durch die neue Periode, in welche wir — wirklich oder angeblich eintreten — und durch deren geistigen Gehalt — ihre Geltung verloren und aufgehört Wahrheit zu seyn?

Der besonnene Freund nicht nur der Rechtswissenschaft, sondern zugleich des Rechts und der Wissenschaft überhaupt, der sich auch der Stellung derselben zu dem Leben und dem Staate mit seiner Verfassung, wie zu der

bürgerlichen Gesellschaft und deren Kreisen bewußt ist, der — man darf es ja wohl sagen — nicht blos mit dem Verstande die Sache gleichsam als Kunstwerk betrachtet, der auch ein redliches Herz für das, was das Wohl des Staats und des Volks angeht, und ein reges Gefühl mitbringt, der einer Begeisterung für seine Lebensaufgabe fähig ist, die sich gar wohl mit der geforderten Ruhe und Unparteilichkeit verträgt, welche sich über dem Wechsel der Tagesmeinungen, über dem Treiben der, zum Theil eben so unberufenen als aufdringlichen Wortführer zu halten weiß, wird auf alle jene Fragen und auf viele andere, die sich bei dieser Veranlassung noch aufstellen ließen, eine Antwort zu geben vermögen, die ihn selbst beruhigt und tröstet, die auch Andere befriedigt — wenn er nur Verzicht darauf leistet, Allen es recht zu machen, wenn er den Tadel und noch mehr, Derer auf sich zu nehmen wagt, denen es um etwas Anderes als das Recht und die Gerechtigkeit zu thun ist. Solcher giebt es aber zwei Klassen: die eine, welche mehr unbewußt, und allenfalls in der Täuschung über ihren Beruf und ihre Einsicht, die Irrthümer der Zeit für die Wahrheit haltend, dieser und dem Recht gefährlich werden, wo sie an dessen Bau mitarbeiten wollen; die andere, welche in der Gesetzgebung ein Mittel für die Erreichung anderer außerhalb des Rechts liegender Zwecke und Tendenzen erkennen. Unsere neueste Geschichte, sowohl der Literatur als der gesetzgebenden Versammlungen ist so reich an Bestätigungen des Gesagten, daß es genügt auf dieselben zu verweisen. Wenn aber nach dem Ausspruche des griechischen Weisen und Gesetzgebers in Zeiten der innern Spaltungen und Parteiungen im Staate es Pflicht eines jeden Bürgers ist, sich für eine Partei zu erklären, nun so wollen wir es offen sagen, wie wir es zu allen Zeiten gethan haben, daß wir Partei für die Sache des Rechts und der Gerechtigkeit neh-

men. Damit erfüllt das Individuum seine Pflicht: im Wesen des Rechts selbst aber, wie der Rechtspflege, liegt die Forderung der Unparteilichkeit. Wer sich dieses recht deutlich macht, der wird nicht in Gefahr eines Widerspruchs, sey es dieser Parteiwahl mit der Gerechtigkeit, sey es seiner früher, wie jetzt dieser zugewendeten, Gesinnung und Thätigkeit gerathen.

Wir dürfen hier auf Eines aufmerksam machen, das sich an das Vorige unmittelbar anknüpft, und zugleich die Beantwortung einer der aufgeworfenen Fragen enthält. Als Grund und Zweck alles Strafrechts im Staate, somit als leitenden Grundsatz für dessen Bestimmungen, für deren Ausführung und Anwendung, und für das dadurch bedingte Verfahren haben — wenn auch in verschiedener Weise der Auffassung — Viele, und wohl die Meisten die Gerechtigkeit anerkannt und ausgesprochen [2]). Selbst die Gegner der manchfachen bis jetzt versuchten Begründungsweisen, die Vertheidiger der s. g. relativen Strafrechtstheorien, indem sie solche zu rechtfertigen und als mit der Gerechtigkeit übereinstimmend darzustellen sich bestreben, haben nicht — oder doch nur ausnahmsweise erklärt, daß sie etwas Anderes als die Gerechtigkeit wollten. Und wie sollte Jemand der Rechtspflege eine andere, als die schon in dem Wort und Namen lie-

2) Vgl. meine Schrift: Die verschiedenen Strafrechtstheorien in ihrem Verhältnisse zu einander „und zu dem positiven Recht und dessen Geschichte", und mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 35 fg. und daselbst weitere Nachweisungen. Hepp Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme. Heidelberg 1845. Mittermaier zu Feuerbachs Lehrbuch. Vierzehnte Ausgabe. Gießen 1847. §. 7 a. Köstlin neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts. Tübingen 1845. Meine kritischen Betrachtungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten vom J. 1843. S. 63. Breidenbach Commentar zu dem großh. Hessischen Strafgesetzbuche S. 146.

: Bestimmung zuschreiben? Bei diesem Einverständ-
n der Hauptsache kommt es für die jetzige Betrachtung
an auf die Schwierigkeiten, mit denen das Gerechtig-
)rincip zu kämpfen hat, auf die Einwendungen, die
:lben vom theoretischen Standpunkte aus entgegenge-
verden, auf die nur theilweise und mangelhafte Durch-
ing, die dasselbe in den ältern und neuern Gesetz-
ıgen gefunden hat, auf die etwa nachweisbaren Fälle,
asselbe in der Anwendung verletzt worden, sey es wegen
blicher Gebrechen und der Mangelhaftigkeit unserer Er-
niß, sey es aus tadelnswerthen Ursachen, denen nicht
Erfolg entgegengewirkt worden ist. Wenn wir nun,
ehauptet wird, in ein neues Stadium der Strafgesetz-
ıg gelangt sind, und einen neuen Weg betreten sollen
ınd ich will dies, sofern es richtig verstanden wird,
en — wird dann dadurch die wesentliche Grundlage
Strafrechts aufgehoben, soll es sich nicht mehr um
t und Gerechtigkeit handeln, sowohl als Zeit und
abe, wie als Mittel und Weise der Erreichung der-
ı? Ich habe früher nachgewiesen, daß diese Grund-
und das eigentliche Wesen des Strafrechts, — die
)ings in den positiven Gesetzgebungen, und bei dem
ıhligen gesetzlichen Fortschritt, nur einen unvollstän-
: und annäherungsweisen Ausdruck erhalten hat, —
nothwendige sey, unabhängig von der individuellen
ht der Theoretiker, der Gesetzgeber, der Praktiker;
wenn sie von diesen verkannt oder noch nicht zum Be-
seyn gebracht worden, nichts destoweniger ihr Da-
und ihre Geltung dadurch nicht bewährt oder in
fel gestellt wurde; daß keineswegs in Folge der mög-
weise gleichzeitig herrschenden verschiedenen Meinun-
über Grund und Zweck der Strafe, die nebeneinander
n Gesetzgebungen verschiedener Länder ihren Einfluß
en, behauptet werden dürfe, daß das Strafrecht da

oder dort auf einen anderm Grunde beruhe: so wenig, als ein Wechsel der Ansichten in der Gesetzgebung desselben Landes in verschiedenen Perioden eine neue Grundlage zu geben vermöchte [3]). Wenn das Gegentheil als eine Berechtigung behauptet worden ist, so kann dies nur aus einem doppelten Verkennen des Wesens der Strafgerechtigkeit und der Aufgabe der Gesetzgebung erklärt werden: — als eine in der Wirklichkeit vorkommende Erscheinung hat man es nur durch eine Verwechslung der in einer bestimmten Gesetzgebung mehr oder minder sichtbar vorherrschenden, vielleicht auch gelegentlich ausgesprochenen Motive, z. B. der Abschreckung, mit dem, nicht von Wahl und Willkühr abhängigen Princip des Strafrechts behaupten können. Zu diesem Irrthum kam dann noch der andere, solchen gelegentlichen Aeußerungen oder besondern Anwendungen eines — wenn man sich so ausdrücken darf — secundären Princips eine allgemeine und tiefere Bedeutung beizulegen, als es selbst nach der Absicht des Gesetzgebers haben sollte und durfte, — es als ausschließendes und höchstes aufzustellen und dadurch mit der Gerechtigkeit in Widerspruch zu setzen. Dies führt dann unvermeidlich zu einem, nicht blos theoretischen Kampfe: die Wahrheit, die, obschon verkannt oder nicht erkannt, dann doch vorhanden ist, strebt sich gegen einen ihr die Geltung streitig machenden Widerspruch in der Erscheinung, in der Welt des gesetzlichen Rechts den gebührenden Raum zu gewinnen: das ist der Grund und die Berechtigung der geistigen, nicht plötzlich, aber mit gebieterischer Nothwendigkeit hervortretenden Veränderungen, deren Inhalt der Sieg des Gerechten, Vernünftigen seyn soll. Es bedarf nicht der Ausführung, daß die Wissenschaft hier eben so ihren Antheil und ihre Aufgabe, wie

---

3) Meine Strafrechtstheorie S. 131 fg.

ihr wesentliches Recht habe; und wir gedenken von diesem Satze weitern Gebrauch zu machen. Doch sey erlaubt, schon jetzt zu erinnern, was in der neuesten Zeit so häufig unbeachtet geblieben ist, daß Volksvertretungen (wie sie auch Namen haben, und wie sie zusammengesetzt seyn mögen) und die Majoritäten in derselben Beschlüsse zu Stande bringen und für die Gesetzgebung als anzuerkennende aussprechen können und sollen; aber daß sie weder berufen, noch fähig sind, über Wahrheit und Wahrheiten zu entscheiden, die eine Anerkennung des Wissens und Willens fordern, aber nicht erst für ihre Berechtigung derselben bedürfen.

Nein, — welche Gestalt auch unser Strafrecht annehmen möge unter dem Einfluß der Verhältnisse, welche eine wenigstens theilweise neue Gesetzgebung nothwendig machen, — die Grundlage wird und muß unverändert bleiben, und der Zweck darf kein anderer als die Gerechtigkeit seyn. Wo dieses etwa bisher nicht der Fall gewesen, wo mit Verläugnung oder Beiseitesetzung des Gerechtigkeitsprincips ein anderes sich als überwiegend in dem strafrechtlichen Gebiet erzeigt hat, da geht die Forderung dahin, der Gerechtigkeit ihre nothwendige Stellung anzuweisen und sie zur Anerkennung zu bringen. Dies haben wir längst erklärt; es ist nicht erst die neueste Zeit mit ihren angeblichen Errungenschaften, nicht der Eintritt von dem s. g. Polizei-Staat in den Rechts-Staat, — eine jetzt beliebte Redeweise, die nicht nur falsch ist, sondern auch, wenn sie eine Wahrheit enthielte, wenn wir nicht weiter als zum Rechts-Staat gelangt wären, und wenn der Staat selbst nicht mehr als nur eben dieser wäre, nur ein Zeugniß gebe, wie wenig wir fortgeschritten seyen, — die uns zum Bewußtseyn gebracht haben, daß das Recht verwirklicht werden soll. Da hätten wir denn schon einen, und zwar höchst wichtigen Punkt, in Be-

treff dessen die frühere und bisherige Arbeit nicht als eine vergebliche anzusehen ist, wo wir nicht genöthigt sind, etwas zurückzunehmen, zu bereuen oder zu ändern, bei dem Hinblick auf den jüngstvergangenen und den gegenwärtigen Zustand unserer Wissenschaft und ihres Verhältnisses zu der Gesetzgebung. Wir würden uns nur freuen, wenn die letztere jetzt, und wenn die, welche als unmittelbar Berufenen, oder mittelbar sich Betheiligenden, dieses auch vollständig anerkennen wollten, und wenn wir die in dieser Form zur Erscheinung gekommene Verläugnung des Rechts nur als etwas Vorübergehendes zu betrachten hätten. Die Berufung auf ein höheres Recht, auf eine (von blos äußerer Nöthigung zu unterscheidende) Nothwendigkeit, könnte einigermaßen zur Entschuldigung dienen. Aber, wo noch überhaupt der Gedanke an das Recht herrscht, und an das, was für dieses eine Grundlage oder eine mit derselben eng verbundene wesentliche und objective Existenz ist und hat, Gesittung und Religion — da wird man die Berufung auf die Berechtigung der Revolution zurückweisen und den daraus abgeleiteten Folgerungen auf's Entschiedenste widersprechen müssen, insbesondere wenn dadurch der Willkühr der Massen und den Tendenzen ihrer Führer und Verführer eine andre Bedeutung, als die eines augenblicklichen Uebergewichts beigelegt werden sollte [4]). Eine Principlosigkeit, die dem Recht selbst und der Freiheit keinen nothwendigen Inhalt mehr läßt, sondern Alles im beständigen Schwanken dem Zufall Preis giebt. Wir sagen dieses gegen die Willkühr, die sich wider das Recht zu behaupten sucht und sich den Namen und die

4) Vgl. meine Abhandlung: „Ueber das Verhältniß der Wissenschaft zu den Aufgaben unserer Zeit," in der Zeitschrift: „Der Gerichtssaal." Erlangen 1849. Aprilheft. S. 260 fg. 267 fg.

orm des Rechts beilegt — ohne Unterschied von welcher
eite sie geübt werde; — man hat wohl Gelegenheit ge=
ibt zu erfahren, daß nicht blos auf einer Seite gefehlt
orden sey. Betrübend ist aber die Wahrnehmung, daß
ich Andere, die den tiefern Gehalt des Rechts und das
Wesen der Gerechtigkeit nicht zu würdigen verstehen, —
schon von einem durchaus verschiedenen Standpunkte aus,
em Gerechtigkeitsprincip entgegentreten — nicht
os wegen etwaniger mangelhafter und ihnen nicht genü=
ender Begründung, sondern vornehmlich wegen der be=
aupteten Unausführbarkeit desselben, und daß sie mit
ttern Hohn ein in sich heiliges Princip verfolgen, und
iejenigen angreifen, die der Gerechtigkeit nachstrebend
nd ihr eine Stätte zu bereiten bemüht sind, da doch die
irdischen Dingen vorkommende Unvollkommenheit nicht
n Grund gegen die Sache selbst und nicht eine Berechti=
ung für ein Anderes, Entgegengesetztes — Princip
äre hier ein unrichtiger Ausdruck — seyn darf.

Wohl giebt es auch eine Revolution der Ideen:
n neues Princip tritt auf, für jetzt als das ausschließend
rechtigte, wogegen das vorangegangene zurücktreten muß.
ber gerade dies geschieht nicht auf einmal und plötzlich:
ne lange stille Arbeit ist vor sich gegangen, das unsicht=
are Schaffen des Geistes, bis das Ergebniß als ein ferti=
es, als die reife Frucht einer ausgestreuten Saat, die
rtgekeimt hat, hervortritt. Wenn dies auch im Straf=
echt sich bethätigt (von dem Strafverfahren, in so=
ern dieses vom Strafrechte im engern Sinne unterschieden
nd getrennt wird, soll später die Rede seyn), so muß
an einräumen, daß dies nicht die Grundlage, die Ge=
echtigkeit, sondern die Anwendungen, Folgerungen und
usführungen betreffe, und daß dieses, was wir schon seit
eraumer Zeit beobachten, nicht erst jetzt eintrete, wie es
enn überhaupt unabhängig von den neuesten politischen

Ereignissen und Veränderungen im Innern der Staaten und ihrer Verfassung ist. Ich habe bereits an einem Orte erinnert [5]), daß — ganz abgesehen von der noch herrschenden Gährung und Unklarheit, wo noch nichts Geläutertes sich herausstellt — jene Umwälzungen für sich nur etwas Negatives bewirken, aber nichts Positives zu schaffen vermögen; sie können nichts aufbauen, nicht ein Werk hervorbringen, das durch innere Kraft und Gediegenheit sich zu erhalten im Stande wäre; sie können nur — und darin liegt für den Gegenstand unserer Betrachtung ihre nicht zu läugnende Bedeutung — der werdenden Gestaltung des für die Zeit Berechtigten die Bahn brechen und ihm Raum gewähren durch die Entfernung von Hindernissen, an deren Beseitigung außerdem eine längere Periode hindurch hätte gearbeitet werden müssen. Das ist dann als Thatsache anzuerkennen, die in dieser Eigenschaft der Kritik der dem Lob oder Tadel nicht unterliegt. Wiefern aber an dieser Offenbarung der Ideen die Wissenschaft ihren Antheil habe und überhaupt das Geistige aus dem Geistigen hervorgehe, habe ich dort gleichfalls zu zeigen gesucht. Die Neubildung, auch dessen, was wir zu der philosophischen Seite des Rechts rechnen, ist darum eine geschichtliche; das Neue des in einer bestimmten und insbesondre in unsrer Zeit Geforderten tritt nicht plötzlich und unmittelbar in die Wirklichkeit; es ist vermittelt durch eine Reihe von allerdings nur zum Theil sichtbaren Uebergängen, und hat erst dadurch seine Berechtigung.

Dies führt auf einen andern Punkt. Die nun wohl übereinstimmend anerkannte Lehre von der Natur und Bildung des positiven Rechts ist, daß dasselbe nicht das Ergebniß beliebiger Willkühr eines Gesetzgebers

---

5) In der Note 4 angef. Abhandlung S. 269 fg. und Maiheft S. 390 fg.

), sondern sich organisch entwickle unter den Voraus-
ungen und Einflüssen, welche das eigenthümliche Rechts-
en eines bestimmten Volks und dessen Gesittung, über-
upt dessen Volksthümlichkeit bedingen und ausmachen.
as Recht in diesem Sinn entsteht nicht erst durch Gesetze,
- obschon es auf einem nothwendigen Gesetze, nur in
er andern Bedeutung des Worts beruht, — vielmehr
d die Gesetze, oder sollen seyn, der Ausdruck des
echts. Aber ferner hat das Recht in den Gesetzen nicht
nen ausschließenden, und nicht seinen vollständigen und
erall entsprechenden Ausdruck. Das Streben geht aller-
ngs dahin, daß derselbe, daß das in Gesetzen ausge-
rochene Recht, jenen wesentlichen Inhalt in zeit- und
lksgemäßer Gestalt wiedergebe und zum allgemeinen Be-
ußtseyn bringe — dies, und nicht das s. g. Gesetz-
achen, ist der Beruf der Gesetzgebung, welche einer
eit mit oder ohne Grund abgesprochen wird, je nach der
nsicht, die man eben von der Natur und Entstehung des
sitiven Rechts, und von dem Verhältniß der Gesetz-
bung zu dem Rechte, aufgestellt hat. Es genügt auf
asjenige zu verweisen, was unter Anderm in der letzten
eit so häufig bei Gelegenheit der s. g. Codification
r Sprache gebracht worden ist [6]).

Ist nun das, was als das Wesentliche der Bildung
es positiven Rechts, als das innerliche Gesetz derselben
achgewiesen worden, eine Wahrheit, so versteht es
ch, daß es diese nicht für eine bestimmte Zeit, für die
Entwicklungsgeschichte des besondern Rechts irgend eines
Volkes und einer bestimmten Periode sey, daß sie viel-
ehr als eine allgemein sich betheiligende anerkannt werden

---

6) S. Meine kritischen Betrachtungen über den Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten vom J. 1843. Erste Abtheilung. *Neustadt a. d. O.* 1844. Einleitung *S. 11 fg.*

müsse. Wir werden daher, auch von diesem Standpunkte aus, der Vergangenheit, wie der Gegenwart, in ihren Gestaltungen und ihrer rechtserzeugenden Kraft die gebührende Berechtigung zugestehen: wir werden grade durch die richtige Einsicht in die Natur des Rechts, und nur durch dieselbe, vor dem Irrthum uns bewahren, in welchen Manche gerathen, die das Antiquarische mit dem Historischen verwechseln, indem sie dem Gewordenen und Bestehenden, blos weil es dieses ist, einen Anspruch auf fortwährende Geltung beilegen, so wie Andere, welche hiernach der geschichtlichen Ansicht einen Vorwurf machen, den sie in der That nicht verdient. Denn nur von diesem wahrhaft geschichtlichen Princip aus kann die Berechtigung des Geschichtlichen und ihre Grenze und das richtige Verhältniß zu dem heutigen Recht und zu der Gesetzgebung der Zeit bestimmt werden. Vergebens wird man die Geschichte bei Seite setzen und das Band zerreißen, das die Gegenwart mit der Vergangenheit verknüpft, in der jene wurzelt, so wie sie selbst den Keim der Zukunft in sich enthält: überhaupt ist es nicht möglich, und auch die neueste Zeit hat dies in allen Gebieten gelehrt, wo man das Gegentheil versucht hat, gänzlich von dem Maaß gegebener Zustände abzusehen und weder rathsam noch gerecht diesem die Geltung abzusprechen, auf die sie Anspruch haben. Der Erfolg war, daß man etwas Unhaltbares und nicht zu Recht Bestehendes anordnete, wo dann die nothwendige Gegenwirkung nicht ausbleiben kann. Soll etwas, weil es sich als Rechtseinrichtung überlebt hat, weil es zu dem Rechtsbewußtseyn der Zeit, zu den übrigen Einrichtungen und organischen Umgebungen nicht mehr paßt, aufgehoben werden, so hat dies seinen nothwendigen Grund, — es kann und darf nicht mehr eine blos formelle Existenz fortsetzen, während ihm die materielle abgeht; — aber dann ist es etwas ganz Anderes, als Willkühr der Gesetz-

ebung, wenn das Veraltete und Abgestorbene für as, was es ist, erklärt, und so von dem Gesetz nichts Anderes bestimmt wird, als was schon als nothwendige Forerung anerkannt war, und nur noch des gesetzlichen lusdrucks bedurfte. Wenn wir demzufolge einer Reihe on s. g. Neuerungen im Strafrechte — in Uebereinstimmung mit Denen, die eine andre Ansicht von der Natur nd Entstehung des positiven Rechts haben, und den Wilen des Gesetzgebers allein entscheiden lassen — das Wort eden, wie wir es schon längst vor dem Eintritt der neueen politischen Veränderungen gethan haben, so ist dieses usammentreffen, so weit es überhaupt statt findet, ein fälliges, und der Grund ein durchaus verschiedener. Auch ir fordern, daß der Gesetzgeber [7]) seine Zeit und ihr Bedürfniß erkenne und deren berechtigte Forderungen zu ürdigen wisse; auch wir verlangen, daß die Rede sey von dem Rechte, das mit uns geboren", wir sind auch der Reinung, daß, in dieser nothwendigen Begrenzung, der eit und dem Volk, die das Bewußtseyn ihres Rechts aben, der Beruf weder fehlen noch bestritten werden önne, das Gedachte in der Form des Gesetzes auszusprechen, was immerhin etwas Anderes ist, als beliebig Gesetze zu machen. Soweit man nämlich zugeben arf, daß wir in eine neue Periode der Strafgesetzgebung etreten seyen, — worüber eine spätere Ausführung vorhalten bleiben muß, — wird der wesentliche Unterschied

7) Die Bezeichnung „Gesetzgeber" wird hier ganz allgemein und abstract gebraucht; es kommt nicht näher darauf an, wer das formell berechtigte Organ für das Aussprechen des Gesetzes sey, ein Einzelner, eine Behörde, eine das Volk vertretende Versammlung u. s. w. Daß der wahrhaft berechtigte Inhalt, der seinen gesetzlichen Ausdruck fordert, durch etwas Anderes, als jene formelle Weise, geboten werde, habe ich unter Anderm gezeigt in der Note 4 angef. Abh. S. 371 fg. 377, 383 fg.

nicht übersehen werden dürfen, zu welchem die eine und die andere Auffassungsweise nothwendig führt. Gegenüber Denen, die das Werk der Strafgesetzgebung in eben so willkührlicher Weise ihren politischen Ansichten entsprechend unternehmen und durchführen wollen, wie sie für die politische Verfassung des Staats — die gleichfalls etwas beliebig zu machendes seyn soll — kein anderes Princip als die zufällige und willkührliche Majorität einer Anzahl von atomistischen Einzelwillen gelten lassen, muß allerdings unsere nicht minder für die politische Verfassung maaßgebende Ansicht eines sich auf geschichtlicher Grundlage herausbildenden Gedankens und leitenden Princips theils zu andern Ergebnissen führen, theils wird das Zusammentreffen in einzelnen Punkten einen andern Erklärungsgrund haben. Das Beste ist noch, wenn dort die allgemeine und öffentliche Stimme, auf die das größte Gewicht zu legen, die aber durchaus nicht in der gerade jetzt sich irgendwo kundgebenden Majorität ihr wahrhaftes Organ hat, — vollends nicht in Zeiten der Aufregung, die der ruhigen und unbefangenen Würdigung keinen Raum lassen, — mit dem zusammentrifft, was wir als Ergebniß der organischen Bildung und der Arbeit des Geistes betrachten. Diese, als eine unausgesetzte, hat aber ihr Werk nicht erst jetzt begonnen, und verlangt eine gründlichere Anerkennung, als der bloßen Tagesmeinung. Ich habe diese Arbeit auch als eine unsichtbare bezeichnet. Wenn von historischem Zusammenhang die Rede ist, von organischer Weiterbildung, so meine ich nicht, daß der stufenweise Fortschritt überall in der Gesetzgebung überhaupt, und einer bestimmten Gesetzgebung eines Landes insbesondre sich müsse nachweisen lassen. Schon das ist nothwendig, daß man, da der Gedanke und die Bildung sowie deren Darstellung in der Wissenschaft nicht an räumliche Grenzen gebunden sind, die Vergleichung über

diese hinaus, auf die Gesammtgesetzgebung z. B. der deutschen Lande erstrecke, wo dann ohne Schwierigkeit in den nacheinander erschienenen Strafgesetzbüchern, neben deren vielfacher und erklärlicher Uebereinstimmung, ein Fortschritt und eine Annäherung an die Zeitforderungen gefunden wird, obschon wir nicht verhehlen dürfen, auch wohl da und dort Rückschritte und ein Zurückbleiben hinter anerkannte Wahrheiten der Wissenschaft und wohlbegründeten Ansprüchen bedauern zu müssen; wie ich es denn auch, wo ich mich zu äußern Veranlassung gehabt, freimüthig gethan [8]). Noch mehr aber: es ist möglich, und mit unserer Ansicht über jene organische Bildung nicht im Widerspruch, daß eine berechtigte Forderung, eine anerkannte Wahrheit, in der Gesetzgebung noch nicht Platz erhalten habe, daß der sichtbare Zusammenhang mit dem Neuen vermißt werde, und es den Anschein gewinnt, als läge eine plötzliche Neuerung vor, die man beantragt und einführt. Es kann für die äußere Betrachtung, bei der Nebeneinanderstellung des neuen Gesetzes mit dem bisher in Geltung gewesenen Rechte, jene Vermittelung fehlen, und dennoch ist sie vorhanden — einen Sprung giebt es hier nicht, außer wo die Willkühr herrscht (stat pro ratione voluntas), die aber bei der bisher vertheidigten Auffassung nicht statt findet. Das Element, welches wir hier, zum Unterschied des geschichtlichen in der Gesetzgebung, das philosophische nennen wollen, äußert sich gleichfalls in geschichtlicher Weise; aber diese Geschichte des Gedankens ist eine andere und will anders begriffen werden. Das Verhältniß der Philosophie zur Geschichte des positiven Rechts ist oben angedeutet worden.

---

8) Ich darf hier unter Andern meine Kritiken des Württembergischen, Norwegischen, Sächsischen, Badischen, und der beiden Preußischen Entwürfe v. J. 1843 u. 1847 anführen.

Also auch dieses ist eine unwandelbare Lehre, daß das Recht nicht seinen ausschließenden Ausdruck in den Gesetzen finde, und daß dasselbe, ein wesentlicher Theil der Gesittung des Volks und seines Selbstbewußtseyns, ihm nicht von Außen her und in jeder Zeit neu zukomme, sondern sich aus ihm herausbilde. Das ist jedoch, so ausgesprochen, nur eine formelle und abstracte Bestimmung, deren Wahrheit möglicherweise mit dem verschiedensten Inhalt verträglich ist, vorausgesetzt nur, daß dieser die erwähnte Eigenschaft habe. Es beweiset dies für die Richtigkeit der Annahme, die der Rechtsentwicklung ihre Freiheit gewährt und ein willkührliches Eingreifen oder Hemmen fern hält, oder, wo es statt findet, dieses für das nimmt, was es ist, ohne die Gesetzgebung im engern Sinn auszuschließen, wo sie nothwendig ist. — Dies muß auf dem fortgeschrittenen Standpunkte immer mehr der Fall seyn, da die Sprache (Schrift rc.) der angemessenste Ausdruck des Gedankens ist und da eine zu den andern Gründen hinzutretende wichtige politische Rücksicht auf die erforderliche Sicherung der unparteiischen Rechtspflege — durch die dem Ganzen wie dem Einzelnen ein Schutz gegen Willkühr zu Theil werden soll — es gebietet, daß die Bestimmungen des positiven Rechts gesetzliche, geschriebene seyen. Der Inhalt aber bedarf, auch wenn er in jener organischen Form hervortritt, einer Prüfung und Rechtfertigung — im Verhältniß zu der Zeit. Schon, ob jenes der Fall sey oder nicht, muß erörtert werden; es kann scheinbares Eingreifen der Gesetzgebung vollkommen gerechtfertigt seyn und in der That nur als eine bewußte Vollziehung jenes dem bildungsfähigen Gegenstand innewohnenden Gesetzes sich bethätigen; es kann umgekehrt die Consequenz historischer Entwicklung zu einem mit den sonstigen Elementen der allgemeinen Rechtsüberzeugung nicht mehr im Einklange stehenden Ergebnisse

geführt haben — die geschichtliche Erklärung ist nicht allemal eine innere Rechtfertigung, und, wie bereits bemerkt, man darf nicht durchgängig eine sich ununterbrochene auch sichtbar fortsetzende Entwicklung nach einer Richtung fordern und für die allein wahre halten, man wird vielmehr auch — in Zeiten des Ueberganges zu neuen Gestaltungen und bei dem Auftreten eines neuen Princips ein scheinbar plötzliches Abbrechen des bisherigen Ganges zu begreifen und zu rechtfertigen vermögen. Dabei ist aber nicht zu übersehen, daß eben jenes neue Princip — theils als Princip nichts Anderes, als die weitere Darlegung der innern Nothwendigkeit sey, theils daß dessen Berechtigung tiefer und früher gesucht werden müsse, als in der Zeit, wo es vollendet auftritt und vom Bewußtseyn aufgenommen ist: das alte, formell noch bestehende, muß dann schon des Lebens entbehren und seinen Anspruch auf Geltung verloren haben: es hat seine Aufgabe erfüllt, und nur noch mittelbar in seinem Einfluß auf das aus ihm hervorgegangene neue Leben mag es fortwirken.

Sehen wir nun auf das Concrete, auf den bestimmten Inhalt, den jene abstracte Form in sich aufzunehmen hat, so werden wir keinen Anstand nehmen anzuerkennen, daß manche Aenderungen im Gebiete der Strafgesetzgebung dringend geboten seyen, daß die jetzt geltenden Strafgesetze, selbst diejenigen nicht ausgenommen, die der neuern Zeit angehören, mit in den andern Gebieten zur Herrschaft gelangten Grundsätzen nicht durchgängig in Uebereinstimmung seyen, und daß die neuere Zeit nun ihren Forderungen entsprechende Strafgesetzbücher, oder ein solches nothwendig mache. Doch muß man schon hier und ehe zu dem Versuch geschritten wird, dieses näher zu begründen, sich über die Grenzen verständigen und einigen falschen Ansichten, die weit verbreitet sind, entgegentreten. Von Uebertreibungen, von denen nicht einmal zu sagen

ist, ob es Denen damit Ernst sey, die sie aussprechen, von Forderungen, die mit eben so viel Naivetät als Unwissenschaftlichkeit aufgestellt werden, die das, worauf es ankommt, das Recht, ganz bei Seite setzen, soll hier nicht die Rede seyn, wenigstens nicht in sofern, als ihnen die Ehre einer wissenschaftlichen Polemik angethan wird. Dahin gehört die Behauptung, daß es für das Strafrecht der Gerechtigkeit als Grundlage nicht bedürfe, ja daß alles Strafrecht aufgegeben werden müsse; die Meinung, dem Staate alle, nach Vernunft und Recht ihm zustehende Strafmittel zu entziehen, womit einerseits auch das in der Gerechtigkeit selbst gegründete und nothwendige Recht der Begnadigung vernichtet würde, während man andrerseits dasselbe mit gänzlicher Verkennung der Standpunkte, wenigstens mittelbar in die Hände der Volksvertreter legen will, die durch ungemessene Amnestie-Anträge und Beschlüsse auf gleiche Weise in die Unabhängigkeit der Rechtspflege, wie in das fürstliche Begnadigungsrecht einzugreifen suchen, wie denn in einer Versammlung der Antrag auf eine für unbestimmte Zeit, bis zur Verabschiedung eines neuen Staatsgrundgesetzes zu ertheilende Amnestie aller politischen Verbrechen, also auch der bis dahin erst noch zu begehenden — allerdings ohne Erfolg — gestellt worden ist. Es gehört dahin die falsche Auffassung der politischen Verbrechen, als wenn diese — was sie nur zum Theil und unter Umständen seyn können — nicht wirkliche Verbrechen und unrechtliche Handlungen [9]), sondern nur eben die erlaubte Gewalt einer Partei seyen, welche, wenn sie unbedingt bestraft, wenn dieselbe sogar belobt worden: als sey dies überall nur etwas Relatives, höchstens Gefährliches, was an sich nicht Unrecht genannt

---

9) Meine angef. Abh. S. 392 fg.; meine angef. kritischen *Betrachtungen* über den preußischen Entwurf S. 358 fg.

werden dürfe. Mag es seyn, daß in Zeiten der Gewalt, der Anarchie, des Ueberganges, der Zufall und der Ausgang über das Schicksal der Unternehmer solcher Handlungen entscheiden, ob sie Strafe oder Ruhm davontragen, ob sie als mit Recht Bestrafte, oder als Märtyrer der für gut gehaltenen Sache, je von den Parteistandpunkten aus, betrachtet werden — wir werden diese Standpunkte und die von ihnen ausgehenden verschiedenen Beurtheilungen niemals für berechtigt halten, sich an die Stelle des Unparteiischen der Gerechtigkeit zu stellen. Allerdings fordert die neuere Zeit und die zu erwartende politische Verfassung eine andere Behandlung derjenigen öffentlichen und im eigentlichen Sinn s. g. politischen Verbrechen, die sich auf jene beziehen, und zwar sowohl hinsichtlich der Normirung des Thatbestandes, als der Bestrafung: aber es ist wesentlich festzuhalten, daß auch sie wirkliches Unrecht und ahndungswürdig seyen. Wir kommen, soweit wir überhaupt jenen Ansichten eine Berechtigung zugestehen dürfen, was in großer Beschränkung der Fall ist, zu diesem Ergebniß nicht auf dem Wege der über das Recht sich hinaussetzenden Willkühr, sondern nach unserm Princip des Zusammenhangs des Strafrechts mit allen übrigen Elementen des Volks- und Staats-Lebens, der Gesittung, dem allgemeinen Rechtsbewußtseyn. Aber wir müssen wünschen, daß dieses ein wahres geläutertes sey, — nicht die zufällig da oder dort sich kundgebende überwiegende Meinung, — wir fordern und hoffen, daß jene betrübende Erscheinung einer Verkennung aller Rechtsbegriffe, einer Gleichgültigkeit gegen den Unterschied von Recht und Unrecht, eine nur vorübergehende sey, und bald einer bessern Ansicht Platz mache, wo wir dann nicht umhin können, aufmerksam zu machen, wie tief das Uebel liege und welche Ansprüche an Erziehung, nicht blos der Jugend, gemacht werden *müssen. Mit jenen Verirrungen*, denen man für das

Strafrecht eine Geltung beizulegen sucht, steht in Verbindung das angebliche Recht der Revolution in dem Sinne, wo dieses den Einzelnen, zur gewaltsamen Durchsetzung ihres Willens, als Handlung zustehen soll, wobei zugleich das, was Revolution ist, und wie solche als in ihrer Sphäre anzuerkennende Thatsache in die Erscheinung tritt, völlig verkannt wird [10]). Es gehören dahin ferner die auf Mißverständnissen beruhenden Ansichten über Communismus — über das Eigenthum rc., mit denen man die frevelhaftesten Angriffe auf dasselbe und auf wohlerworbene Vermögensrechte — Angriffe, die an vielen Orten nicht dabei stehen geblieben sind, sondern in ihrer Begleitung und als Mittel oder Folge noch andere Verbrechen, Brandstiftung oder Mord und Widersetzung gegen die Obrigkeit, herbeigeführt haben — zu entschuldigen, zu beschönigen, ja zu rechtfertigen gesucht hat.

Dies Alles, und was damit in Verbindung steht, soll so wenig erst widerlegt werden, als die sonst nicht geäußerte Meinung, daß bis zu einer neuen Constituirung des Staats — als ob dieser inzwischen nicht auch mit einer noch geltenden und berechtigten Verfassung bestände, und etwa erst überhaupt ins Daseyn gerufen werden sollte — die Strafrechtspflege, wenigstens in Ansehung der s. g. Staatsverbrechen, ruhen müßte: wie man denn dafür nicht selten die Behauptung gehört hat, daß wir auf dem Boden der Revolution stehen, daß die Revolution nicht geschlossen sey rc.

Diese beklagenswerthe Verwirrung der Begriffe, die zur Auflösung aller Rechtsordnung führt, kann begreiflicherweise weder auf die Dauer bestehen, noch auch, während sie herrscht, ein gedeihliches Ergebniß erwarten lassen. Daß sie, wenn ihr hoffentlich nahes Ende herbei-

10) Meine angef. Abh. S. 211 fg.

gekommen ist, nicht zur Feststellung von etwas Anderm als dem Rechte mitwirke — dieses nämlich nicht blos formell für Gesetzesbestimmung, sondern nach seinem wesentlichen Inhalt genommen, — daß unsere neueren Gesetzbücher wahrhaft den Ausdruck des Rechts enthalten, dazu beizutragen, ist der Beruf der Wissenschaft und der Einzelnen, denen die heilige Sache am Herzen liegt, und die ihre Arbeit dem großen Werke, unbeirrt durch die demselben fremden Rücksichten, widmen sollen. Ein Werk, zu dessen Vollführung freilich mehr erfordert wird, als was das Gebiet des Strafrechts, selbst in weitester Bedeutung, umfaßt.

Allein innerhalb der Wissenschaft selbst giebt es Ansichten zu berichtigen, deren Consequenz das Strafrecht zu vernichten droht, von denen hier zunächst nur die erwähnt werden mögen, nach welchen jede verbrecherische Handlung die Folge eines die Zurechnung und Schuld ausschließenden krankhaften Zustandes seyn und ein Urtheil über die einer rechtlichen Verantwortlichkeit zur Voraussetzung dienende Freiheit außerhalb des Bereiches der Möglichkeit liegen soll: eine Behauptung, die vornehmlich zur Unterstützung der Forderung, die Todesstrafe abzuschaffen, gebraucht zu werden pflegt, deren Gegner, wenn sie hierauf sich berufen, doch kaum verkennen dürften, daß sie hierin nicht einen Grund gegen die Todesstrafe, sondern gegen jede Strafe und Bestrafung vorbringen, und daß damit diejenige Streitfrage über die Rechtmäßigkeit jener Strafe in ein anderes Gebiet verlegt werde [11]).

Indessen wir übergehen dieses, und wenden uns zurück zu dem Gegenstand der Untersuchung, der nothwen-

11) S. jetzt wieder G. Mehring, die Zukunft der peinlichen Rechtspflege aus dem Standpunkte der Seelenlehre betrachtet. Schwäbisch-Hall 1848.

digen Umgestaltung des Strafrechts, und darnach der Strafgesetzgebung. Die Hauptpunkte, um die es sich hier handelt, sind — nachdem von den Principien bereits die Rede gewesen — Verbrechen und Strafen, nnd die Bestimmung des Verhältnisses zwischen beiden als den einander entsprechenden Seiten eines Begriffes. So nämlich muß die Sache aufgefaßt werden, wenn man nicht eine blos zufällige Verbindung zwischen Verbrechen und Strafe annehmen will, was der Wahrheit widerspräche und die Gerechtigkeit unbeachtet ließe. Ist nun, fragen wir, die Natur des Verbrechens, der Schuld, des Willens eine andere geworden? Hat das Wesen der Handlung eine neue Gestalt angenommen? Besteht nicht mehr die Wahrheit über Zurechnung, Wissen und Gewissen, über Verantwortlichkeit? Wenn wir Alles das, was hierüber sich nicht blos als Ergebniß individueller, theoretischer Forschung, sondern als der gemeinsamen geistigen Arbeit eine lange Zeit festgestellt, und was in objectiver Weise sich Anerkennung verschafft hat, jetzt für unrichtig und irrthümlich erklären sollten, so müßten wir an der Heiligkeit und Ewigkeit des Rechts, an dem Fortschritt im Menschengeschlecht verzweifeln, und die Geschichte nicht minder als das Geistige für ein Werk des Zufalls nehmen. Ja, dann geht die Gerechtigkeit zu Grunde, und kann nicht mehr von Wahrheit gesprochen und nach derselben gestrebt werden, wenn diese auch in dem Gebiete, wo man eine für sich bestehende Gültigkeit und Unwandelbarkeit anzuerkennen hat, nach den zeitlichen Ereignissen sich richten müßte und dem Wechsel unterworfen wäre. Wohl dauert es oft eine lange Zeit, es bedarf der fortgesetzten Arbeit des Geistes, bis die Wahrheit erkannt wird und die ihr gebührende Gestalt gewinnt, bis sie nicht blos dem Subjecte zum Bewußtseyn kommt, sondern auch in objectiven Einrichtungen sich ausspricht, und diesen selbst

eine Lebendigkeit verleiht, vermöge deren sie auch von der subjectiven Gesinnung unabhängig sich behauptet, worin sich eben das Vernünftige der Staatsverfassung, der Gerechtigkeitspflege bekundet; wohl kann die Wahrheit, selbst die offenbare, verkannt werden und es eines geistigen Kampfes bedürfen, ihr die verweigerte Anerkennung zu verschaffen, aber sie ist deshalb nicht weniger Wahrheit. Darum ist auch ihr Sieg ein nothwendiger, und dies gilt für alle ihre Gegner, sie mögen dem jetzt verlassenen Standpunkte angehören, oder dem neuen, da von beiden Seiten — wie nicht zu leugnen ist — dagegen gefehlt worden ist.

Dies sage ich von der Natur des Verbrechens der Schuld überhaupt, und von allem dem, was sich daraus mit Nothwendigkeit entwickelt, und nach dem allmähligen Fortschritt der Wissenschaft zur Geltung, auch im positiven Rechte gelangt ist. Es ist wohl nicht nöthig, diese Folgerungen, wie sie, insbesondre aus dem Grundsatze der Gerechtigkeit sich ergebend, bisher allgemein anerkannt sind, ausführlicher anzugeben. Aber es hieße die Gerechtigkeit verleugnen, wollte man sie bei Seite setzen und z. B. Urheber und Gehülfen, Vollendung und Versuch auf gleiche Stufe der Strafbarkeit stellen [12]), wäre es auch, um etwa den Geschwornen ihr Amt zu erleichtern und die feinen aber in dem Wesen der Handlung gegründeten Unterscheidungen mit ihren praktischen Folgen unberücksichtigt zu lassen, weil dies für den gewöhnlichen Beurtheiler zu schwer sey; ein Fall, von dem die P. G. O. von 1532 mit gutem Recht bemerkt, daß man eben sich bei Denen

---

12) Vgl. meine Abhandlung in den kritischen Jahrbüchern für deutsche RW. 1839. S. 611 fg.

Rathes erholen solle, die die Sache verstehen [13]). Das ist, im Vorbeigehen gesagt, auch einer der Irrthümer der Zeit, das Strafverfahren so für die Hauptsache zu halten, während es zunächst das nothwendige durch die Gerechtigkeit geforderte Mittel einer gerechten Ausübung der Strafrechtspflege ist, und dann jedenfalls ein Theil des Strafrechts [14]) — daß man um seinetwillen und damit gewisse Einrichtungen bestehen können, glaubt, den wesentlichen Inhalt des Strafrechts im engern Sinn modificiren, auch allenfalls bei Seite setzen zu dürfen. Auch dies, und was sich daran knüpft, verdient in unserer Zeit einer gründlichen Untersuchung unterworfen zu werden. Ich lege dem Verfahren den höchsten Werth bei, und habe gesucht zu zeigen, wie dessen wahrhaftes Princip kein anderes als das des Strafrechts seyn könne [15]); und da die Rechtsübung nicht anders als mittelst des gerechten Verfahrens statt finden kann, so wird dies allein das Recht zur Erscheinung und Verwirklichung gegen die Verletzung bringen; aber dennoch darf es weder an sich, noch im besondern Fall gegen das Strafrecht und dessen richtige Grundsätze eine Selbstständigkeit in Anspruch nehmen.

Wir müssen hierauf später zurückkommen, bei den Bestimmungen über die Zumessung der Strafe; der logische Zusammenhang der erwähnten Begriffe gestattet nicht eine durchgängige Trennung, die auch für die Betrach-

---

13) P. G. O. Art. 142. 143. 146. 150. 151. 219.

14) Meine Abhandlung in diesem Archive 1839. S. 418 fg. 507 fg.

15) Meine Abhandlung „Ueber die Bedeutung des Strafrechtsprincips für das strafrechtliche Verfahren" in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren Bd. I. Karlsruhe 1841. S. 291 fg.

sweise nur mit dem Vorbehalte der zu berücksichti-
en Verbindung möglich und zulässig ist: bei dem
rbrechen muß überall, da es die strafbare Hand-
ist, auf die Strafe — wie umgekehrt — Bezug
mmen werden.

(Der Beschluß im nächsten Hefte.)

IV.

Zur Lehre von den Beleidigungen *) nach englischem Rechte.

Von
Herrn Dr. Marquardsen
in London.

1.

Die Harmonie in dem Charakter der politischen und rechtlichen Zustände eines Volkes ist, so nothwendig sie sich dem ruhigen Betrachter auch darstellt, dennoch in Deutsch-

*) Unter Beleidigungen sind in der folgenden Abhandlung immer nur solche verstanden, welche durch Mund, Schrift oder Zeichen geäußert werden. So viel ich mich erinnere, haben sich schon die Besten unsrer deutschen Criminalisten und einige der neueren Gesetzbücher dafür erklärt, den Begriff Realinjurie ganz fallen zu lassen, oder ihn doch außer dem Zusammenhang mit der eigentlichen Injurie zu setzen. Was in ihn gebracht zu werden pflegte, wird meistens der strafrechtliche Ausdruck Körperverletzung aufnehmen können, zumal dann, wenn man diesem durch eine höhere Auffassung von dem schönsten Werke der Schöpfung, dem menschlichen Körper, dem Gewande des Geistes, gleichfalls eine höhere Bedeutung beilegen wird. So lange wir von der Realinjurie redeten, hieß es soviel, als: Ob du mein Eigenthum oder meinen Körper antastest, kommt im Grunde auf Eins heraus — aber dann, wenn du diesen meinen gemeinen, materiellen Theil animo injuriandi, wie mein besseres Ich zu beleidigen anrührst, sollst du strenge büßen. Diese halbe Rechtlosigkeit und Unterwürdigung des menschlischen Körpers

land mit einer Leichtfertigkeit übersehen worden, welche schon an manchen Stellen die bittersten Früchte getragen hat. Daß im vergangenen Jahre, wo Tausende von Reformern

---

an sich ist ungerechtfertigt und hat die übelsten Folgen. Unziemlichkeiten und Raufereien aller Art würden viel weniger vorkommen, wenn das Gesetz eine jede absichtliche aufdringliche Betastung und Berührung eines Andern wider seinen ausgesprochenen Willen mit ernster Strafe bedrohte. Nicht aber dies blos vom Standpunkt und unter Voraussetzung der Injurie, sondern weil die Persönlichkeit auch soweit sie Materie und in die Erscheinung getreten ist, eines unmittelbaren Rechtsschutzes bedarf. In diesem Sinne müßte Körperverletzung auch auf die Würde des Körpers sich erstrecken, nicht blos auf seine medizinische Integrität, wenn ich diesen Ausdruck gebrauchen darf. Es ist hierbei nicht sowohl das Individuum, als das ganze Geschlecht, welches durch solche äußerliche Ungezogenheit beleidigt wird. Alle jene Untersuchungen, welche sich bei der eigentlichen Beleidigung, die so recht dem Einzelnen gilt und von ihm als Solcher empfunden wird, nicht abweisen lassen, der Ruf und Charakter des Beleidigten, sein Verhältniß zum Beleidiger, Wahrheit und Unwahrheit von allerlei angegebenen Umständen — sind bei der Körperverletzung auszuschließen. — Für die Trennung spricht auch, daß die eigentliche Injurie schriftlich oder mündlich begangen wird in dem Gebrauch einer gesellschaftlichen an sich unschätzbaren Fähigkeit, daß aber der Eine mit dem Körper des Andern von vornherein nichts zu thun hat, und daß hier einer der Fälle vorliegt, wo in Bezug auf einzelne Theile Deutschlands die Gesetzgebung der Sitte mit gutem Beispiel vorangehen muß. Der Schutz, den die Frauen vor Allem in der angegebenen Weise zu fordern berechtigt sind, läßt sich unter einer solchen Gesetzesnorm viel besser und für die klagende Partei weniger peinlich gewähren, als wenn der Gesichtspunkt der idealen Injurie mit hereingezogen werden muß.

Unter beleidigenden Zeichen habe ich mir nur eine allgemeinere Bezeichnung gedacht, von dem was Schrift und Druck beispielweise andeuten. Eigentlich symbolische Beleidigungen, z. B. unanständige Gesten, wodurch sich der Mensch zum Vieh macht, sollte man, meine ich, ganz und gar nicht beachten, eben weil die Gesetze für Menschen und nicht für das Thier gemacht werden. Wo dergleichen Rohheiten auf offner Straße begangen werden, mag die Polizei wegen der öffentlichen Unsittlichkeit den Delinquenten vornehmen, aber sonst sollte das Gesetz von dem Einzelnen, dessen Beleidigung es gilt, soviel voraussetzen, daß er viehische Gemeinheiten zuweit unter sich stellt, um von ihnen irgendwie berührt zu werden.

hunderttausende von Reformen zur Sprache brachten, der Rechtsreorganisation nur einige wenige allgemeine Brocken zugeworfen wurden, daß die ungeheure Wichtigkeit freier, fester Rechtsnormen und Rechtsinstitutionen im freien Staate so ganz thatsächlich verkannt blieb, daß man demokratische Constitutionen machte und bureaukratische Rechtsanstalten bestehen ließ, stellt die Weisheit unsrer jungen politischen Schule sehr in den Hintergrund gegen die praktische Einsicht des alten Regiments, welches in den politischen und Rechtskreisen des Staats den Despotismus mit gleicher Geschicklichkeit und gleichem Eifer impfte. Man warf Orden und Gratiale unter Senatoren und Gelehrte; mißliebige Glieder schloß man sowohl von der Ständekammer als dem Gerichtssaal aus; dort half die Urlaubsverweigerung, hier die Versetzung. In der Wirklichkeit waren die Stände in unseren vorsündfluthlichen Staaten — mochten sie Provinzial- oder Reichsstände, ungehört berathende, oder unbefolgt beschließende seyn — von demselben tiefwirkenden Einfluß auf die Geschicke des Staats, den die ehrwürdigen gerichtsbeischlafenden Schöppen auf die Urtheile der Gerichte übten. Wo sich Nichts von Beiden vorfand, war der Absolutismus nicht stärker und die Volksfreiheit nicht schwächer. Man könnte höchstens einwenden, daß in Bezug auf die Gesetze, in soweit sie Privatrechte und Privatpflichten zusprechen, vor 1848 jene Gleichheit und Brüderlichkeit der Unfreiheit nicht nachzuweisen sey, allein gegen einzelne freisinnige Jagd- und Reallastgesetze rechne ich mit freisinnigen Paragraphen einzelner Constitutionen ab und diesen zusammen, die immer nur die allgemeine petitio, das Seynsollende enthielten, stelle ich die Wirklichkeit, die einzelnen Fälle entgegen. Ein hoher Redner hatte Beides Recht und Unrecht, als er verwerflich von einer Constitution und einem Stück Papier sprach. Er hatte als Kronanwalt Unrecht —

ein Stück Papier kann der Absolutie nicht scha-
— er hatte Recht als Volkstribun, denn ein Stück
:r ist keine Constitution. Wir Deutsche haben aber
Vorliebe für das Papier — der alten Pergament-
rung nicht mehr zu gedenken — und diese ist uns von
Franzosen angethan, welche für blödsinnige Könige
arten, und Charten für unwissende Völker erfanden.
lrt, wie man bei uns sich wegen der schönen Consti-
en bekomplimentirte, und der Eifer, womit es ge-
, ließ ganz vergessen, daß wir gerade eben so gut
hectischen Menschen sein Bildniß voller Jugendfrische
dem Reiz der Gesundheit, den der lügnerische Pinsel
affen vermochte, vorhalten und ihn darnach wegen
„guten Constitution" gratuliren könnten. Im letztern
würde Jeder von uns lächeln; aber als Gesammtheit
wir uns wirklich dieser Kurzsichtigkeit schuldig ge-
So wenig tief und solide auch die politische Bau-
angelegt wurde, ließ man wie gesagt die Rechts-
:en so gut wie ganz liegen, dies wird wahr seyn
ann, wenn wir die wenigen oberflächlichen Bestim-
n über Rechtsanstalten und Rechte, über Verbre-
nd Strafen, welche im Sturm und Drang ergin-
nach dem scribere est agere — als Schöpfun-
d nicht bloße Beschäftigungen gelten lassen wollten.
er wie über vieles Andere ist jetzt nicht mehr zu strei-
elbst nicht auf wissenschaftlichem Gebiet — auch
st ein Acker, der für die Gegenwart, für die Wirk-
bearbeitet wird. Man kann der Ansicht seyn, daß
:eifendere Rechtsreformen im Geiste der Constitutio-
s wirkliche Leben gerufen, auch auf diese selbst be-
und schützend eingewirkt hätten, daß sie in Zeiten
übsal mehr als politische Institute nützen können,
, wenn einmal festgegründet, weit schwerer umzu-
sind, als Dutzendconstitutionen — aber mit die-

sen Ansichten und ihrer Begründung ist jetzt wenig gewonnen. In der Politik und der Jurisprudenz muß die utilitas, nicht die „bloße", aber die r e i n e utilitas wegzeigende Standarte seyn. Bei der weltgeschichtlichen Betrachtung eines Staats, bei der Richtung eines ganzen Menschenlebens, mag die Philosophie, mögen die Sterne befragt werden, aber von einem Schritt zum andern, von einer Seemeile zur andern kann dem Einzelnen nicht der Polarstern, dem Staatsschiffe nicht die Magnetnadel als Wegzeiger dienen. Nöthig und nützlich wird es aber seyn, einerlei ob sich von unseren politischen Errungenschaften soviel erhält, daß der Rechtszustand gegen sie unfrei und veraltet erscheint, oder ob das alte Unkraut für die nächste Zeit alle jungen Saaten niederwächst, nach besten Kräften für die Rechtsreform zu arbeiten. Im ersteren Fall sichern und stärken wir die freie Staatsverfassung, im anderen schärfen wir die rächende Sichel. Die Wahlverwandtschaft zwischen den politischen und Rechtszuständen, welche diese Wirkungen möglich macht, zeigt sich überall, aber nicht überall mit gleicher Stärke. Sie wird in der Regel im Strafrecht sehr stark seyn, aber manche Theile des bürgerlichen Rechts können auch mehr als andere Civilrechtsinstitute, ja einige sogar fester als viele strafrechtliche Begriffe mit dem politischen Wesen verknüpft seyn, — z. B. die obengenannten: Jagdrecht, Reallasten, Leibeigenschaft, einzelne Privilegien u. s. w. Die Verwirklichung des Rechts, die Prozedur anlangend, wird z. B. die Lehre von der Schuldhaft mehr wie manche andere von politischen Grundsätzen und Zuständen influirt werden. Im Strafprozeß wird die Lehre von der Evidence so gut wie gar nicht, dagegen die Regeln über Unabsetzbarkeit der Richter und Verantwortlichkeit der strafvollstreckenden oder polizeilichen Organe aufs heftigste von politischen Wallungen und Umwälzungen sympathisch leiden.

Das Thema, welches ich mir diesmal gesetzt habe und welches ins Civil- und ins Strafrecht, in beide Arten des Prozesses hineinreicht, hängt wie kein anderes aus dem gesammten Rechtsgebiet im engeren Sinne mit den staatsrechtlichen Zuständen zusammen — ich brauche nur dafür nach seinem Haupttheile Preßgesetzgebung zu sagen, und Jedem wird dies einleuchten. Dieser Ausdruck ist aber deshalb nicht gewählt worden, weil ich formelle Preßordnungsbestimmungen von vornherein ausgeschlossen und weil eine Darlegung der geforderten Grundsätze über die Verantwortlichkeit von Aeußerungen nothwendig auch über die Grenzen der Schriftlichkeit hinausgehen müßte. Um aber die allgemeine Untersuchung in inductiver Weise führen zu können und gleichsam die Wirklichkeit immer mir vorschweben zu sehen, will ich mit einem kurzen Abriß der englischen Hauptbestimmungen aus der zu behandelnden Lehre beginnen. In England ist die öffentliche Meinung, ist ihr Organ, die Presse, eine Macht ohne Gleichen, wie die Engländer selbst scherzend sagen, das vierte Parlamentsglied. Sie ist dies dauernd. Läßt sich aus diesem Moment auch kein vollgültiger Schluß auf die Trefflichkeit der englischen Rechtsnormen bilden: die Vorzüglichkeit der englischen Praxis wird nicht leicht eines weiteren Beweises bedürfen. Wir werden später genauer sehen, worin der Vorzug wesentlich besteht, ob er zufolge oder troß den Gesetzen sich entwickelt hat, ob er mehr positiver oder negativer Natur ist, und in wieweit er mit dem ganzen Geiste des englischen Verfassungslebens zusammenhängt. Nur einem Irrthum, der oft mehr als ein solcher ist, will ich von vornherein entgegentreten, da er sich besonders auf den zuletzt angedeuteten Punkt bezieht; als ob nothwendiger Weise der Einfluß, den der Geist des jedesmaligen politischen Lebens, sofern der Hauch der Freiheit dieses durchströmt, auf die engere Rechtswelt aus-

übt, alle Zügel schlaffer mache, als ob je schwächer die Freiheit eines Volkes, desto stärker die Gesetzlichkeit sey, und vice versa. Die Sache verhält sich meist umgekehrt. Wo politische Freiheit und ihre Verkörperung ein unabhängiges Parlament fehlt, da ist die richterliche Gewalt ohne den censorischen Aufseher, der hier mehr mit dem Auge prävenirt, als unmittelbar durch Absetzungen oder Verweise geschehene Uebergriffe straft, ist die Presse gewöhnlich ebenso unbedeutend, als die Volksrepräsentation, wenn eine solche existirt, und Alles liegt in den Händen der Regierungsinhaber, die bald einsehen, daß eine schlechte Praxis für ihre Zwecke weit besser dient, als stets neugemachte Gesetze, die natürlich Aufsehen erregen, während gefällige Richter unter dem Mantel des Gerichtsgebrauches jede beliebige Neuerung in die Gerichtshöfe einschwärzen können. Gegen das Cabinet ist der tüchtige Richter, wenn nicht Parlament und Presse ihm als Rückhalt dienen, bald im Nachtheil — und so summt sich gewöhnlich unter absoluter Herrschaft eine Menge von Ungesetzlichkeiten und Rechtskränkungen auf, daß, wenn eine bessere politische Periode beginnt, in den Rechtseinrichtungen viele Aenderungen vorgenommen werden müssen — das alte Personal wird alsdann nicht mit den in ihre alten Rechte eingesetzten Urbestimmungen fortkommen können, entweder aus wirklichem Verwachsenseyn mit den Mißbräuchen, oder aus Furcht zuviel zu thun — und wo man neue Beamte anstellte, ist das Sprichwort von dem guten Kehren nur sehr selten begründet. Kurz es geht nach jeder Aenderung anfangs schlecht oder holperig. Es würde sich bei Contrerevolutionen dasselbe Resultat zeigen, wenn diese nicht immer einen kurzvergangenen langgewöhnten Zustand wiederbrächten und der Rückschritt nicht auch darin den Krebsgang machte, daß er z. B. keine ganze Generation zurückspringen kann. Abgesehen von den ersten Schwan-

fungen, in denen sich eine neue Staatsform selbst ihr Gleichgewicht sucht und, wenn ungestört, auch findet, ist nur im freien Staat das Recht wahrhaft frei, d. h. die richterliche Gewalt gesetzlich am stärksten; die interpretatio, sonst dem Willen des Machthabers dienstbar, wird in ihm furchtlos dem wahren Recht der aequitas nachgehen und somit weiter reichen als im starren Recht eines gefesselten oder ungebildeten Volkes (die ersten Zeiten des römischen Volks, in Königthum und Republik stellen keinen freien Staat dar) — und in den wenigen Theilen des Strafrechts, wo die Uebertretungen scheinbar mächtiger werden, ist ihre Ohnmacht gerade der Grund, weshalb man sie gewähren läßt. — Das Recht, in seinem praktischen Charakter, sieht dann manche Handlung, die der unfreie Staat bestraft, als bloße Unsittlichkeit an; was alle andern Staatsformen als frevelhaftes Beginnen bedrohen, wird der Repräsentativstaat oft als mitleidwerthen Denkfehler, als Thorheit betrachten können. Das Beispiel von Rom habe ich angeführt, weil sehr weit die Meinung verbreitet ist, daß gerade das jus strictum, das Buchstabenrecht zum Wesen des freien Staats gehöre. Der Einzelwille, der Eigensinn des römischen paterfamilias spiegelte sich in ihm, aber wir sehen nichts vom freien, geistig durchdrungenen Organismus, den wir „Staat" nennen. In ihm muß auch der Richter geistig frei seyn, das Richten eine geistige Arbeit, kein Handwerk bilden. Daß auch der despotische oder anarchische Staatszustand die Richter scheinbar freistellt, ist der Grund jenes Irrthums, bei dem man vergißt, daß jede Sache zwei Henkel hat, nach dem Sprichwort der Franzosen, und diese oft nahe bei einander sitzen. Aus dem Mißbrauch der freien richterlichen Gewalt in das Buchstabenregiment sich zu stürzen, heißt statt den Lebendigen, sich den Todten in Sklaverei ergeben. Ebenso falsch wie das angefoch-

tene Raisonnement ist das stets dafür angegebene Beispiel: England. Nirgend ist die interpretatio mächtiger als hier; nirgend übt der Richter mehr die aequitas in dem Sinne, wie Kierulff ihn in seiner „Theorie" entwickelt hat und wie er sich kurz und bündig noch im Blackstone am Ende des 31. Bandes über die Equity jurisdiction niedergelegt findet. In dieser Auffassung ist hier und da von mir der Ausdruck freie Rechtsinstitutionen gebraucht worden; Schlechtseyn oder Strenge sind eben so wenig die Merkmale der Rechtsorganisationen des Repräsentativstaats, als Tyrannei oder Anarchie seinen politischen Charakter bezeichnen können.

Es ist eine sehr hübsche und wahre Bemerkung von Burke, daß die Lehre von den Beleidigungen (und unwillkürlich denkt man auch bei dem allgemeinen Namen mehr an die schriftlichen — an das libel) erst in der Regierung Heinrich VII von Bedeutung geworden, wo die kurz zuvor erst nach England hinübergebrachte Druckerpresse und die im 31. Jahre jenes Königs eingesetzte Star-chamber zusammenstoßen, — ein ähnliches Spiel des Schicksals ließ bekanntlich in Deutschland Censur und Buchdruckerkunst in derselben Stadt ersonnen werden. Schriftliche Injurien mußten selten seyn in einer Zeit, wo das Schreiben eine solche feine Kunst war, daß es einem Missethäter zum beneficium ecclesiae verhalf, und mündliche Beleidigungen konnten in einem spärlich bevölkerten Lande, wo Jeder im Kreise seiner Familie und Wenige in Dörfern und Städten vereint wohnten, nicht oft vorkommen, oder wurden zwischen den händelsüchtigen Normannen sicher mit dem Schwerte gesühnt. Starkie in seinem Treatise on libel and slander, so genau er die Geschichte der betreffenden römischen und griechischen Rechtsnormen darlegt, weiß daher auch von englischen Bestimmungen keinen historischen Theil zusammenzusetzen —

er führt ein Paar angelsächsische Bestimmungen an, erinnert, daß Bracton (zur Zeit Heinrich III) über Injurien nur römisches Recht enthält, und geht gleich in medias res über. Die anderen Hauptquellen, das Buch von Holt, ein digest on the law of libel von einem Ungenannten, mehrere werthvolle Artikel des Edinburgh Review, die Reden von Burke, Fox, Erskine und Brougham, theils im Parlament, theils an der Barre der Gerichtshöfe gehalten, und manche andere berühmte Vertheidigungsreden und Richtersummirungen, wenden sich eben auch nur ihrer resp. Gegenwart zu, oder gehen doch nicht weiter zurück, als zwischen den alten Richtern von England, den Hütern des Commonlaw und der Neuzeit ein geistiger durch reports und precedents hergestellter Zusammenhang ist, — und der geht nicht viel weiter als zu Elisabeths Regierung. Aus dieser wird uns ein Ueberströmen von Injurienklagen auf dem Civilwege berichtet und, was die criminelle Prozedur betrifft, die Bestrafung durch Ohrenabschneiden und Handabhauen, für Libeller. Der Theorie nach stellt sich das englische Libel- und Slander-Recht also:

Wer durch irgend eine mündliche Aeußerung eines Andern, die ihm nachtheilig lautete, um einen Vortheil, der sich taxiren läßt, — damnum emergens oder lucrum cessans gleichviel — gekommen, kann unter Nachweisung dieses special damage auf Entschädigung klagen. Hat jene mündliche Aeußerung dem Kläger ein Verbrechen, um dessentwillen er angeklagt werden könnte, vorgeworfen, oder eine ansteckende Krankheit, bezog sie sich auf das Amt, das Geschäft oder die Profession des Beleidigten oder auf seine etwanige Enterbung (z. B. das Wort Bastard), oder ist sie endlich schriftlich, gedruckt, gemahlt, oder in anderen Zeichen gemacht, so braucht kein special damage nachgewiesen zu werden, das Gesetz nimmt, mit

den angeführten Verhältnissen und bei der zuletzt genannten Aeußerungsart, wirklich erlittenen Vermögensnachtheil an. Genau genommen ist noch das scandalum magnatum zu diesen Fällen zu zählen. Es beruht auf einem (3) Statut Eduard des Ersten, besteht im spreading false news, welche den König und die Großen des Reichs in Unfrieden mit einander bringen können, und macht, wenn civilrechtlich verfolgt, auch bei bloßen mündlichen Beleidigungen, ohne nachgewiesenen Nachtheil, zu schwerer Ersatzbuße pflichtig. Die Lawcommissioners haben einen Theil jenes Statuts in ihren Gesetzesvorschlag noch herübergenommen, allein seit 100 Jahren ist wohl keine Anklage aus ihm mehr vorgebracht worden. Soweit die Klage. Ihr gegenüber hat der Beklagte das Recht, die Einrede der Wahrheit einzubringen. Führt er sie durch, so ist die Klage vernichtet. Auf dem englischen Civilrechtswege sind keine damages wegen wahrer Anschuldigungen zu verlangen; die Civilklage wegen slander oder libel kann aber nur auf damages gehen, daher muß bei dem Zugeben der Wahrheit von Seiten des Klägers die Klage vom Richter abgewiesen, wenn die Jury sich von der Wahrheit der Anschuldigung überzeugt hält, ein verdict für den defendant gegeben werden. Man sammelte früher eine Menge von Fällen zur Erläuterung der ersten Ausnahme (Verbrechensanschuldigung, indictable offence), um zu zeigen, welche Ausdrücke ohne special damage straflos seyen und welche nicht. Jetzt sind die Juristen von dieser Danaidenarbeit abgekommen und haben Alles auf den gesunden Menschenverstand und den einzelnen Fall gestellt. Aus einem jener Register will ich nur das Curiosum anführen, daß der Ausdruck bawd oder whore in einem Theile Londons ohne Nachweis zu damages verpflichtete, in einem andern nicht, weil nämlich dort durch ein bylaw Hurerei vor die Session der Friedensrichter ge-

bracht wurde und hier nur blos mit Geldbuße von dem einzelnen Friedensrichter bestraft wurde.

Criminalrechtlich ist libel und slander ein misdemeanor. Letzteres immer high misdemeanor, weil es nur, wenn gegen den Staat begangen, strafrechtlich in Betracht kommt. Ein Privatmann kann wegen mündlicher Beleidigung nur verklagen, nicht anklagen. Der Ausdruck misdemeanor war es, welcher die Lehre von den Beleidigungen mit der starchamber zusammenbrachte, da dieser Gerichtshof ursprünglich nur für misdemeanor, als eine Art custos morum, zunächst über die Beamten bestimmt war. Weder Vernunft noch Freiheit haben Veranlassung sich ihrer Anerkennung in jener besonders zu freuen; in derselben Weise wie die Richter der Sternkammer ihre Competenz vergrößerten, eiferten sie nach den schlechtesten Stellen des Corpus juris und im Geiste der Inquisition innerhalb der ihnen angewiesenen Sphäre gegen Preßvergehen und seditious (gegen den Staat gerichteten) slander. Die Sternkammer hatte in ihren Uranfängen im Interesse der Volksfreiheit ohne Jury gerichtet; man wollte allmächtige Provinzialvorsteher, die sheriffs und lordlieutenants der Grafschaften, die höchsten Glieder des Provinzialadels nicht in der Provinz vor eine Jury stellen, damit nicht Furcht vor Rache und die Unmöglichkeit genügenden Schutzes von Seiten des Königs gegen die großen Herren immer erzwungene Freisprechungen zur Folge hätten. Allein der erste Tudor ließ, wie die Biene, das Gift darin bei seiner neuformirten Starchamber — die Jury, große sowohl als kleine, blieb wie bisher hart — aber der ganze Geist des Instituts wurde ein anderer, die Ruthe stolzer Beamten wurde eine Geißel für das Volk. Bis zum Jahre 1635 war die Sternkammer die Handhaberin der Censur und die Rächerin von Preßvergehen und versah ihre Aemter trotz dem Complimente von Baco (der sie court of

criminal equity nennt) so zur Zufriedenheit der Tudors und Stuarts, daß nach der petition of rights der nächste Schlag des Parlaments sie umstürzte. Diese Erläuterung war nöthig, um das jetzige Verfahren in der Queensbench sich erklären zu können.

Lassen wir das criminell verfolgbare slander bei Seite liegen, so kann jedes libel, je nachdem es gegen den Staat oder gegen den Einzelnen gerichtet ist, auf folgenden Wegen zur Bestrafung gebracht werden.

1. Durch information ex officio. Die crownlawyers, der attorney general oder in seiner Vertretung der solicitor general haben das Recht wegen eines Staatslibells den angenommenen Verbreiter oder Verfasser desselben in Anklagestand zu versetzen — to file an information against him, nach 48 George III können sie Bürgschaft von ihm verlangen, sich, wenn gefordert, vor Gericht zu stellen. Es ist in ihrer Macht, dies Damoclesschwert über dem Haupt der Angeschuldigten so lange hängen zu lassen, als sie wollen; nur durch das Verlangen eines trials at bar vor der ganzen Queensbench ist der Angeklagte im Stande den Prozeß zu provociren, allein diese Prozeßart ist sehr theuer und fällt, da die Krone nie Kosten erhält oder ersetzt, immer zur Hälfte jenem zur Last. Außerdem hat der Kronanwalt noch das Recht der Replik, wenn auch die Zeugen der Vertheidigung keine nova vorgebracht. Früher pflegten immer specialjuries, ohne Mitwirkung des Angeklagten von einem Unterbeamten der Queensbench gebildet, über public libels zu urtheilen, allein seit der Jury-Reformacte 6 Georg IV c. 50 wird in einem solchen Staatsprozeß, wenn eine Specialjury genommen wird, dieselbe wie in allen anderen Fällen von beiden Parteien ausgewählt.

2. Ein Privatmann, welcher libellis beleidigt zu seyn glaubt, kann sich mit seiner Anschuldigung an den Master

of the Crown Office in der Queensbench wenden. Man wird seine Beschwerde nur dann annehmen, wenn er durch ein affidavit (schriftlichen Eid) versichert, daß die Anschuldigung, die gegen ihn gemacht worden und wegen der er klagt, nicht wahr sey. Hierauf wird der Angeklagte zur Antwort aufgefordert und zeigt sich prima facie aus seinen Angaben und affidavits ein anderer Mangel, so weist der Gerichtshof die vom Master vorläufig angenommene information ab — to quash the information. Geschieht dies nicht, geht die information, wie ein von der Grandjury wahrgefundenes presentment, bei den gewöhnlichen Admits oder at the bar of the Queensbench vor eine kleine Jury; so wie man auch annimmt, daß die Queensbench dieselbe Wahrscheinlichmachung verlangt, welche einer Grandjury zu genügen pflegt. Weil aber der Gerichtshof die Anklage gebilligt, wird der prosecutor gewöhnlich niemals bei einem Verdict auf Not guilty in die Kosten verurtheilt.

3. Der dritte und letzte Weg, einen Libeller strafrechtlich zu belangen, ist der durch indictment. Wie in allen andern Fällen wird die Anklage einer großen Jury vorgelegt, muß von dieser true befunden werden, und geht dann an das definitive Tribunal der petty jury.

Offenbar hat die Queensbench in jener zweiten Art der information einen Theil aus der Erbschaft der Sternkammer bekommen. Jetzt wird sie dann und wann mit demselben hohen Titel custos morum genannt, und Einzelne z. B. auch Brougham sind mit ihrer Thätigkeit nicht unzufrieden. Man sieht, der Hauptunterschied ist der Wegfall oder vielmehr das Ersetzen der großen Jury; aber bei Licht besehen ist dieser Umstand nicht stark genug als Motiv einer Abnormität, die noch dazu an eins der schändlichsten Instrumente der Tyrannei erinnert und die, wie man sagt, nur durch das Monstrum der infor-

mation ex officio überboten wird. Ein schwerer wiegendes Motiv für jene Prozeßart wird aus der Regel entnommen, daß wie im Civilverfahren die Wahrheit schützt, so im Criminalrechtstrial gar keine evidence in Bezug auf die Wahrheit der incriminirten Aeußerungen vorgebracht werden darf. Die Information giebt aber, wie oben gezeigt, dem Prosecutor ein Mittel, eidlich die Unwahrheit der Anschuldigungen zu versichern, weshalb Manche, die gern die Gelegenheit ergreifen die Unwahrheit zu beweisen, aber nicht im Civilwege sich wollen damages zuerkennen lassen, und besonders angesehene Personen dieses Verfahren wählen werden, um der Nachrede zu entgehen, daß sie durch indictment criminell geklagt, weil sie im Civilprozeß die Darlegung der Wahrheit von Seiten des Beklagten gefürchtet. Wir wollen später sehen, ob dies nicht den Teufel durch Belzebub austreiben heißt. Bei dem geringen Ansehen wenigstens, in welchem affidavits hier zu Lande stehen, kann die Folge einer solchen Queens-bench-information eben so leicht die seyn, daß der Angeschuldigte und nach ihm die bösen Zeugen dem Ankläger zu der Wahrheit der vorgebrachten libellischen Aeußerungen auch noch das Ableisten eines falschen affidavit nachreden.

Um in irgend einer Weise wegen Aeußerungen über einen Mitbürger verantwortlich zu werden, verlangt das Gesetz in dem Beleidiger malice. Dieser Ausdruck bezeichnet aber nicht, wie man auf den ersten Anblick glauben möchte, dolus, sondern ist technisch für den Mangel einer gesetzlichen Entschuldigung (legal excuse), und erstreckt sich daher auf dolose und culpose Fälle. Und in den Fällen, wo eine legal excuse an sich vorliegt, kann möglicher Weise eine malice de facto nachgewiesen werden, wo wissentlich und willentlich jene gemißbraucht worden ist, und der Angeschuldigte daher straffällig wird.

Fixirt sind diese einzelnen Lebensverhältnisse oder Mittheilungsfälle, bei denen prima facie Malice nicht angenommen wird, nicht. Zwar liegen eine Reihe von Entscheidungen vor, allein, wie schon oben gezeigt, man ist von diesem Buchstabenregiment abgekommen, und eine tiefere Feststellung der Gründe und der Rationalität der einzelnen Ausnahmen ist nur in einigen wenigen Fällen vorgenommen worden. So steht fest, daß ein Zeugniß, welches ein früherer Dienstherr auf Erkundigung seinem Dienstboten giebt, wenn es auch schriftlich und höchst nachtheilig ist, ohne Nachweis von malice de facto zu keiner gerichtlichen Entschädigung oder Bestrafung Anlaß geben kann. Sehr viele und oft abweichende Urtheile ergingen über das Privilegium, welches die bloßen Mittheilungen von Parlamentsverhandlungen und den Vorgängen in den Gerichtshöfen gewährt. Bei dem ersteren Fall wurden zwei verschiedene Gesichtspunkte herausgehoben. Auf der einen Seite ist unbestritten, daß jedes Parlamentsmitglied für Alles, was es im Parlamente, sey es im Comité oder in Gesammtsitzungen spricht, was es im Auftrage des Parlaments äußert, z. B. als manager von impeachments, was es in dieser Eigenschaft schriftlich niederlegt, nur dem Hause, dem es angehört und sonst keinem Menschen verantwortlich ist. König und Bauer sind darin gleich, daß die größten Persönlichkeiten, die schwersten Verbrechen ihnen im Parlament vorgeworfen werden können, ohne daß sie deshalb bei den Gerichten zur Klage zugelassen würden. Dagegen ist aber nicht minder wahr, daß der Druck von Parlamentsverhandlungen ein breach of the privilege desselben ist, wo nicht die Häuser selbst ihn veranstalten. Bekanntlich ist auch die Oeffentlichkeit der Verhandlungen ungesetzlich, und der Speaker hat, sobald ein Mitglied erklärt, daß es Fremde im Hause sehe, die Pflicht, die Gallerie räumen zu lassen. Zuletzt that es im Jahre

1849 O'Connell jun. aus Rache gegen die Reporter der Zeitungen, welche seine langweiligen Reden entweder gar nicht oder kurz nur mittheilten; je nachdem nun die Richter mehr auf das Prinzip der ersten Normen oder der zweiten sahen, erschien ihnen die Mittheilung der Parlamentsverhandlungen als ein löbliches Unternehmen oder als ein mit einem doppelten **breach of the privilege** zusammenhängendes Vergehen. Jener letzten Ansicht entzog die Verfolgung einiger Buchdrucker allen Credit, welche 1771 einzelne Reden der Opposition verbreitet hatten, und dafür auf Geheiß des Unterhauses von Parlaments-**messengers** verhaftet wurden. Es war die Zeit, in welcher Junius seine Donnerkeile schleuderte, Wilkes die Hauptstadt beständig in Gährung hielt, und Burke eines seiner mächtigsten Pamphlete **On the present discontents** schrieb. Der Lordmayor von London Crosby und Alderman Oliver befreiten die Drucker und verhafteten dagegen die Parlamentsboten, wofür sie beide vom Unterhause in den Tower gesendet wurden, bis der Schluß des Parlaments sie befreite; da gegen die Verhaftung auf Befehl eines der Häuser kein **Habeascorpuswrit** hilft. Natürlich mehrten diese gewaltigen Folgen das Interesse an der zu Grunde liegenden Streitfrage; die alte Theorie hatte sich in diesem Kampf mit der Hauptstadt und mit der allgemeinen Meinung gleichsam selbst zu Tode verwundet; die mächtigsten Geister der nächsten Zeit traten für das Recht der Mittheilung auf den Kampfplatz, und seitdem hat kein Haus mehr wegen Veröffentlichung seiner Verhandlungen geklagt, und bei Privatanklagen ist die Einrede, daß das vermeintliche **libel** nur ein Abdruck der Parlamentsverhandlungen sey, immer als sachentscheidend angenommen worden. Zweifelhaft ist es später noch gewesen, ob Petitionen ans Parlament und ob Zeugenaussagen in den Comité's ebenfalls als Theil der Parlamentsverhandlungen anzusehen sind, ob

etwa bei einer privatebill die Vorstellung, welche um eine solche bittet und in ihrer factischen Darstellung z. B. der Armenverwaltung Unterschleif vorwirft, Grund zu einer Libel-Anklage werden kann? Ob das Drucken einer solchen Petition Vergehen ist? Das Parlament hat aber immer die Petenten in Schutz genommen, und sich der Einmischung der Queensbench in solchen Fällen widersetzt. In den Speeches of Lord Campbell und hie und da in seinen Lives of the Chancellors of England finden sich ausführlichere Bemerkungen über diese Streitfrage. Gegen ihn hat das Law Review in mehreren Heften sich zum Kämpfer der Courts aufgeworfen. Der Hauptgrund für die erstere Ansicht beruht auf der Nothwendigkeit, daß das Parlament von allen Mißständen unterrichtet werde und daß daher freier Raum gelassen werden muß, soweit nicht das Parlament selbst einzuschreiten für gut findet.

Was in der Handhabung der Gerechtigkeit vom Richter im Kampfe um die juristische Wahrheit von Parteien, Zeugen und Anwälten in der Form Rechtens im Gerichtshofe gesprochen wird, mag es noch so nachtheilig, noch so unwahr sich hervorstellen, gilt von vornherein als entschuldigt und frei von Verantwortung. Wo das Gesetz selbst durch den Widerspruch die Wahrheit herausgestellt wissen will, wo es das entschiedene Nein dem eben so entschiedenen Ja zu entgegnen gestattet, da sollen kleinliche Rücksichten nicht die Kämpfer beengen und präsumirt werden daß sie nicht in den Gerichtshof kommen, wie unter den Augen des Richters, in dem Tempel des Gesetzes sich oder Andere zu beleidigen, sondern daß ihr redliches Streben ist, den Streitpunkt nach der evidence erledigt zu sehen. Auch von den Zeugen versieht sich das englische Recht, daß sie unter dem moralischen Gewicht eines Eides, den kreuzverhörenden Gegenanwalt vor sich, und im Hintergrunde die Strafe des Meineids, mehr an sich und die

Wahrheit denken und nicht die Gelegenheit zu absichtlichen Beleidigungen Unschuldiger gebrauchen werden. Excesse kann der Richter als contempt of the court betrachten und bestrafen. Falschen Anklagen ist mit diesen Grundsätzen kein Vorschub geleistet, denn das Verbot, über jeden einzelnen Ausdruck, der dem Ankläger im Court entfiel, zu klagen, schließt nicht die Klage wegen malicious prosecution aus, welche civilrechtlich oder durch indictment vorgebracht werden kann und sich auf das ganze Verfahren des Klägers bezieht und von diesem nur durch Nachweis von probable cause zurückgeschlagen werden kann. Einer frivolen Anklage wegen malicious prosecution wird aber der Richter manchmal dadurch entgegentreten, daß er eine Copie des indictment verweigert und somit den Beweis der prosecution unmöglich macht.

Ebenso allgemein als nach den Ueberlieferungen des common law und seinen Organen den Richtern bei jeder Verfolgung malice im vorgedachten gesetzlichen Sinn verlangt wird, findet man als Grund der Strafbedrohung die Aufforderung zu einem breach of the peace angegeben, und in einem Lande, wo wie in England dem Richter so viel Ermessen frei gelassen ist, wird die ratio legis natürlich immer sehr wichtig seyn. Aber trotzdem, daß so oft jenes als Zweck angegeben worden, daß auch Starkie noch kurz über diesen Punkt wegschlüpft, läßt sich zeigen, daß jenes Motiv falsch seyn muß, wenn anders die Gesetzgebung vernünftig seyn soll. Wie kann die Gesetzgebung jenen Grund zur Strafbedrohung schriftlicher Beleidigungen gehabt haben, welche gegen die größere Menge wörtlicher, meist in Gegenwart des Beleidigten gefallener Aeußerungen gar kein Rechtsmittel oder nur ein solches giebt, bei dem der Beleidiger sich dem Beleidigten auf gleichem ehrenvollen Boden gegenüberstellen darf, und nicht wie bei der Anklage als prisoner auf die Bank der Angeklagten

gesetzt wird? Man hätte also da, wo die größte Versuchung zum Friedensbruche vorliegt, den Beleidigten schutzlos gelassen und auf Privatrache angewiesen, und bei schriftlichen Anzapfungen, welche leicht bewiesen und zur Strafe gebracht werden können, wo also der Beleidigte viel eher seine Rache bis zum Urtheil aufschieben wird, aus Angst vor Friedensbrüchen indictments oder informations zugelassen. Daß diese Auffassung von Richter zu Richter, von einer Generation in die andere überging und zwei Revolutionen überlebte, ist um so auffälliger, wenn man bedenkt, daß kein ausdrückliches Gesetz jene ratio legis angiebt, sondern daß sie von den Richtern blos angenommen wurde, und daher noch von einem Jeden hätte geleugnet werden können. Dieser Umstand spricht aber keineswegs für die Wahrheit des untergelegten Motivs. Zu vermuthen ist, daß wirklich beim Beginn der Thätigkeit der Starchamber in Libelprozessen — namentlich in sofern sie den Staat und hohe Staatspersonen betrafen — diese, um ihre sehr unsichere Competenz über dergleichen zu vertheidigen, solche Schriften misdemeanors tending to a breach of the peace nannte, wo die Bezeichnung traitorous und seditious augenscheinlich unwahr gewesen wäre. Jener Ausdruck blieb als eine formelle Ausschmückung stehen, gerade eben so wie bei Klagen wegen Entführung der Vater sich noch jetzt wesentlich wegen des Verlustes der Dienste beschwert, welche ihm seine Tochter verrichtet, obgleich Jeder weiß, daß dies nicht der Grund der Klage und der Bestrafung ist, und es keinem Gerichtshofe einfallen würde, eine solche Klage etwa dann abzuweisen, wenn der klagende Vater ein reicher Lord wäre und von seiner Tochter keine Dienste irgend einer Art zu erhalten pflegte. Abgesehen davon, daß jenes so allgemein untergeschobene Motiv dem Rechte nach unbegründet ist, war die Frage, weshalb der Staat

libels bedrohe, zweimal von gewaltiger politischer Bedeutung — ich sage nicht zuviel, wenn ich behaupte, daß sie es war, welche als letzte Schneeflocke die Lavine zum Stürzen brachte, die den Stuartthron unter sich begrub. Nach Parlamentsrecht sind die Mitglieder beider Häuser wegen aller Vergehen, die nicht treason und felonyes ausmachen oder einen breach of the peace bilden, von Verhaft frei. Wo ein breach of the peace zu befürchten ist, und bail gegeben werden muß, darf aber ein Parlamentsglied auch, bis es Bürgschaft stellt, verhaftet werden. Die berühmte Petition der 7 Bischöfe an den König war bekanntlich als libel angefochten; die Crownlawyers brachten eine information ein, und die Richter der Kingsbench nannten die Verhaftung der Bischöfe im Tower gesetzlich, weil sie (mit der Ausnahme von Powell) darin einen Friedensbruch zu sehen vorgaben. (Statetrials vol. XII. p. 229.) Ueber die Wirkungen jenes Festhaltens der Prälaten im Tower verweise ich auf die meisterhafte Schilderung Macaulay's. 75 Jahre später (1763) in einer Periode fast nicht geringerer Aufregung kam bei der Verhaftung von John Wilkes, wegen libel, wieder sein juristischer Charakter zur Sprache. Aber hier gab der Gerichtshof der Common Pleas, den Chiefjustice Pratt an der Spitze, sein Urtheil dahin ab, daß das Verfassen eines libel kein breach of the peace sey, daß wenn auch die Ausdrücke tending to a breach of the peace dabei vorkämen, doch kein Fall nachgewiesen werden könne, wo ein libeller angehalten worden, to give security for keeping the peace; daß jenes Urtheil der Kingsbench eine Schande für den englischen Richterstand sey und höchstens eine Verhaftung, bis Sicherheit geleistet, gerechtfertigt gewesen wäre — daß in Libelprozessen das Parlamentsprivilegium schütze und Wilkes seiner Haft zu entlassen sey. Dies Urtheil genirte die Minister so, daß sie

in der folgenden Session von der Majorität im Parlament sich ein Gesetz zu verschaffen wußten, wonach bei der Klage wegen seditious libel das Parlamentsprivileg nicht schützen soll. Die Minorität im Hause der Lords gab einen glänzenden Protest gegen diesen Streich zu Protokoll, welcher in kurzen Zügen das Wesen und Wirken der freien Presse darstellt. (Abgedruckt Statetrials vol. 19. p. 994.)

(Beschluß im nächsten Hefte.)

V.

Die Umgestaltung der neuen Strafgesetzbücher nach den Bedürfnissen der Schwurgerichte,

mit Beziehung

auf die neuesten in Baiern, Hessen, Würtemberg verkündigten Abänderungen an den Strafgesetzbüchern, so wie die Entwürfe von Strafgesetzbüchern für die Hansestädte Hamburg, Lübeck, Bremen, für die thüringischen Staaten, für Schleswig-Holstein und die neuen Gesetzesentwürfe zu Strafgesetzbüchern für England und Belgien.

Von

Mittermaier.

Die Strafgesetzgebung eines Staats steht im innigsten Zusammenhange mit den sittlichen Ansichten des Volkes und mit seinen socialen und politischen Zuständen. Jede Umgestaltung in diesen Einflüssen führt nothwendig zu Umgestaltung des Strafgesetzbuchs. Es ist wohlbegründet, wenn ein geistreicher Schriftsteller sagt: Die Strafgesetzgebung eines Staats ist ein ergänzender Theil des öffentlichen Rechts desselben. Ueberall pflanzt sich aber bei der Abfassung eines solchen Gesetzbuchs ein großer Theil von strafrechtlichen Ansichten der Vergangenheit als Erbstück

fort. Die Furcht der Gesetzgeber, zuviel an den bisherigen, wie man oft irrig behauptet, in das Leben des Volkes übergegangenen Ansichten zu rütteln, hält von Verbesserungen ab, und aus dem Kampfe des Alten mit dem Neuen gehen auf dem Wege der Transaction neue Gesetzgebungen hervor. Wie einflußreich die politischen Erschütterungen im J. 1848 auf die Strafgesetzgebung werden mußten, ist begreiflich, — wir wollen in diesem Aufsatze zunächst nur die Umgestaltung hervorheben, welche durch die seit einem Jahre bewirkte Einführung der Schwurgerichte in Deutschland bewirkt wird. Die bisherige deutsche Strafgesetzgebung war auf die Anwendung durch angestellte gelehrte Richter berechnet, und trug das Gepräge eines streng juristischen Werkes häufig ohne Berechnung auf das Volksrechtsbewußtseyn und Zusammenhang damit. Man vergaß bei der Abfassung der neuen Gesetzgebung die weise Lehre, welche der große Bacon dem Gesetzgeber giebt: **Loquendum est ut vulgus, sentiendum est ut sapientes.** Die Bearbeiter eines Entwurfs des Strafgesetzbuchs, gewöhnlich wissenschaftlich gebildete Männer, wurden, und zwar um so mehr, je mehr sie selbst mit der Entwickelung der Strafwissenschaft vertraut waren, von gewissen eben am meisten anerkannten wissenschaftlichen Ansichten und dabei mehr oder minder von dem Glauben an die Trefflichkeit eines gewissen Princips des Strafrechts beherrscht und suchten dies folgerichtig durchzuführen. In der Einseitigkeit der Richtung ihrer Studien, entfernt von dem Volksleben, wenig bekannt mit dem Volksrechtsbewußtseyn und den Ansichten und Bedürfnissen des Volkes, entschieden sie die Streitfragen nach dem Standpunkte der liebgewordenen Theorie, freuten sich dem Gesetzbuche ein logisches Gewand zu geben, systematisch — möglichst mit dem Gebrauche der doctrinellen Begriffe — durch eine kunstreich gewählte, den herrschenden wissenschaftlichen Ansich-

ten gemäße Fassung, alle möglichen Streitfragen abschneiden und der gefürchteten richterlichen Willkür vorbeugen zu können. Man wußte, daß rechtsgelehrte, mit dem Stande der Wissenschaft, mit der Bedeutung juristischer Ausdrücke vertraute Richter die Gesetze anzuwenden hätten, und wählte daher eine Fassung der Gesetze, deren Bedeutung den rechtsgebildeten Richtern nicht zweifelhaft seyn sollte. In der Consequenz der gesetzlichen Beweistheorie, welche zum Grunde gelegt war, konnte man leicht dazu kommen, zur Vereinfachung der Anwendung Rechtsvermuthungen im Gesetze aufzustellen, z. B. in Beziehung auf die Vermuthung des bösen Vorsatzes, oder bei Zurechnung der eingetretenen Wirkung z. B. des Todes, wenn die Absicht nur auf Körperverletzung gerichtet war. Auch bei einzelnen Verbrechen hielt man sich für berechtigt, zur Abschneidung grundloser Behauptungen der Angeschuldigten Vermuthungen aufzustellen, z. B. bei Giftmord, bei Tödtung im Raufhandel, bei Unterschlagung, bei Bankerott. Selbst die Strenge der Strafdrohungen schien in der Anwendung der Gesetze durch angestellte rechtsgelehrte Richter gerechtfertigt, da man wußte, daß solche Richter nach ihrer Stellung verpflichtet waren, unbedingt das Strafgesetz anzuwenden, wenn es ihnen auch noch so hart scheint; — bei jeder Gelegenheit hörte man, als Trost gegen die z. B. in Ständeversammlungen vorgebrachten Einwendungen über Härte einer Strafdrohung die Versicherung, daß ja die Gnade als Heilmittel eintreten würde.

Schon im J. 1819 hatte der Verfasser der gegenwärtigen Abhandlung in seiner Schrift: über die Grundfehler in der Behandlung des Criminalrechts in Lehr- und Strafgesetzbüchern [1]), die Nachtheile der Aufstellung so vieler rein doctrinellen Begriffe, Rechtssätze und generalisirender Vor-

---

1) Bonn 1819.

schriften in den deutschen Gesetzbüchern nachgewiesen und vor der Nachahmung dieser Methode gewarnt. Er hat beharrlich die Fehler der neuen Gesetzbücher und zuletzt in diesem Archive [2]) den Grundfehler angegriffen, nach welchem man vernachlässigte, eine volksthümliche Strafgesetzgebung zu schaffen und daran festzuhalten, daß die Strafgesetze der materiellen Gerechtigkeit, der richtigen Volksmoral und dem Volksrechtsbewußtseyn entsprechen und so erlassen werden müssen, daß die Schuldfrage mit menschlicher Würdigung der in Frage stehenden Handlung und der Auffassung der Lage, Anschauungsweise und Persönlichkeit des Angeschuldigten beantwortet werden und das Strafurtheil als ein Zeugniß der bürgerlichen Gesellschaft über die Strafbarkeit der Handlung gelten kann. Die Bedeutung dieser Warnungen und das Gewicht der gerügten Mängel der Strafgesetzbücher trat seit 1848, als Schwurgerichte in Deutschland eingeführt wurden, erst klar hervor [3]). Man führte die Urtheilsfällung durch Geschworne ein, man behielt in den meisten Ländern die alten Strafgesetzbücher bei [4]). Die Erfahrung konnte einer solchen Gesetzgebung kein günstiges Zeugniß geben. Nur in Baiern und Würtemberg fühlte man die Nothwendigkeit, die Umgestaltung der Strafgesetzgebung vorzunehmen; die ergangenen Gesetze halfen den Uebelständen wenigstens einigermaßen ab. Durch die Geschwornen sollte in die Strafrechtspflege ein volksthümliches Element kommen; die Geschwornen sollten in den Stand gesetzt werden, nach ihrem Rechtsbewußtseyn die Schuldfrage zu entscheiden; sie durften in

---

2) Im Jahrgang 1847. S. 598.

3) Geib, die Reform des deutschen Rechtslebens S. 145.

4) Noch auffallender wurde das Verhältniß, wenn man in einem Staate Schwurgerichte einführte und das sogenannte gemeine deutsche Strafrecht beibehielt, weil im Lande noch kein neues Strafgesetzbuch eingeführt war.

dieser Stellung kein Hinderniß finden in gesetzlichen Beschränkungen, durch welche ihnen vorgeschrieben war, was sie in Beziehung auf die Elemente, aus deren Entscheidung das Urtheil über die Schuldfrage besteht, oft im Widerspruche mit ihrer innersten Ueberzeugung für wahr halten sollten. Man mußte anerkennen, daß die genannten doctrinellen Rechtsbegriffe von dem verständigen Gesetzgeber aus der großen unversiegbaren Quelle, dem Volksrechtsbewußtseyn und der Forderung der materiellen Gerechtigkeit mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Landes geschöpft sind, und daher die Geschwornen, indem sie über die Schuldfrage urtheilen, aus der nämlichen Quelle ihr Urtheil schöpfen und bei der Mangelhaftigkeit jedes menschlichen Ausdrucks dem Volksrechtsbewußtseyn gemäß den Fall entscheiden. Es mußten aus dem Gesetzbuche alle Regeln verschwinden, welche der Ueberzeugung der Geschwornen Zwang anlegen. Es mußte eine Fassung der Gesetze aufgegeben werden, welche entweder oft im Widerspruche mit den einfachen Ansichten des Volksrechtsbewußtseyns nur mühselig erfunden in die künstlichen Schranken einer gewissen Theorie gedrängt von den Gelehrten selbst verschiedenartig aufgefaßt, von den Geschwornen nicht verstanden werden konnte. Läßt der Gesetzgeber solche Vorschriften in dem Gesetzbuche bestehen, so nöthigt er entweder die Geschwornen, gegen ihre Ueberzeugung die Schuldfrage bejahend zu beantworten, oder stößt sie dazu, ein Nichtschuldig auszusprechen, weil sie die gestellte Frage nicht recht verstehen, und daher im Zweifel lieber einen lossprechenden Wahrspruch geben. Vorzüglich müssen daher alle jene Vorschriften über Zurechnung wegfallen, bei welchen entweder ein nur aus den Ansichten einer gewissen von dem Gesetzgeber gebilligten Theorie genommener Grundsatz aufgestellt wird, nach welchem die Geschwornen die Frage über Zurechnung zu

beantworten haben, oder wo das Gesetz auf eine erschöpfende Weise alle Zustände aufzuzählen sucht, in welchen die Zurechnung wegfällt. Auch solche Gesetzesvorschriften nöthigen die Geschwornen, welche die Schuldfrage nach ihrer Ueberzeugung entscheiden sollen, zu materiell ungerechten Wahrsprüchen. Da die Wirksamkeit der Schwurgerichte so vielfach durch die an sie gestellten Fragen bedingt ist, die Frage aber durch die Fassung des Gesetzes bestimmt wird, und das Ergebniß der Antworten von den Fragen abhängt, so müssen die Strafgesetze nothwendig so gefaßt werden, daß der Sinn der ihnen entsprechenden Frage ebenso von den Geschwornen leicht verstanden werden kann, einen einfachen Gedanken klar ausdrückt und zu einer der materiellen Gerechtigkeit und dem wohlverstandenen Geiste des Gesetzes entsprechenden Antwort führt. Jemehr man zu der richtigen Ansicht gelangen wird, daß die oft versuchte schroffe Trennung der That- und Rechtsfrage unmöglich und die Behauptung irrig ist, nach welcher die Geschwornen nur die reinen Thatfragen entscheiden sollen [5]); jemehr man erkennt, daß die Geschwornen die Schuldfrage in ihrem ganzen Umfange zu beantworten haben, desto dringender wird die Revision der Fassung unserer Strafgesetzbücher. Wenn die Geschwornen die Schuldfrage beantworten sollen, so müssen sie auch urtheilen [6]), ob der Angeklagte das Verbrechen verübt hat, dessen er angeklagt ist, z. B. Diebstahl; dann aber müssen sie auch entscheiden: ob die That alle Merkmale an

---

5) Boitard leçons sur le Code pénal p. 348. Bonnier in der Revue de legislation 1843. p 348. Steman von der Jury S. 274. Köstlin das Geschwornengericht S. 196. Gneist die Bildung der Geschwornengerichte S. 69.

6) Zittmann Stellung der Geschwornen zu rechtsgelehrten Richtern S. 17. Temme Grundzüge des deutschen Strafverfahrens S. 120.

sich trage, welche sie nach dem Gesetze zu dem Verbrechen machen, worauf die Anklage geht [7]).

Die Umgestaltung unserer Strafgesetzbücher muß aber noch tiefer gehen, wenn nicht das kaum in das Leben getretene Institut der Schwurgerichte gefährdet werden soll. Die Geschwornen sollen über die Schuldfrage urtheilen. Mag das französische Gesetz [8]) auch noch so strenge den Geschwornen verbieten auf die Strafe einzugehen, welche die Folge ihres Wahrspruchs seyn würde [9]), mögen auch in Deutschland die Assisenpräsidenten dem Vertheidiger verbieten, von der Strafe zu sprechen [10]), so ist doch schon von sachverständigen Praktikern in Frankreich [11]) nachgewiesen, daß auf jeden Fall von der Zeit an, als (1832) die Geschwornen über das Daseyn mildernder Umstände zu urtheilen haben, das gesetzliche Verbot weggefallen ist, und auf jeden Fall dies Verbot unpassend ist, weil man dadurch die Geschwornen zu einer Seelenstimmung zwingen wollte, welche widernatürlich ist [12]). Wir erkennen an, daß die

7) Im englischen Verfahren, wo keine besonderen Fragen gestellt werden, sondern nur die Frage: ob der Angeklagte des in der Anklage vorgebrachten Verbrechens schuldig sey, ist kein Zweifel, daß die Geschwornen ihrem Rechtsbwußtseyn gemäß entscheiden.

8) Wir werden im nächsten Hefte umständlicher die bisherigen Erfahrungen Frankreichs über Fragestellung bei den einzelnen Verbrechen mittheilen.

9) Code d'instruct. Art. 342.

10) Die neue hannoversche Strafprozeßordnung vom 30. Dec. 1849. §. 187 verlangt, daß der Vorsitzende den Geschwornen eröffne, daß es nicht ihr Beruf sey, über die Strafgesetze zu richten und Gnade zu üben; daß sie gegen Eid und Pflicht handeln würden, wenn sie bei Beantwortung der vorgelegten Fragen durch ihr Meinen von der Recht- oder Zweckmäßigkeit des Strafgesetzes oder der Härte der zu erkennenden Strafe sich bestimmen ließen.

11) Faustin Hélie im Journal du droit criminel vol. VIII. p. 103. Encyclopédie de droit par Sebire. vol. VII. pag. 51.

12) Steman von der Jury S. 274.

Geschwornen da, wo sie den Angeklagten für schuldig halten, aber das Strafgesetz, welches die That bedroht, für unzweckmäßig oder die gedrohte Strafe für zu hart ansehen, nicht ein Nichtschuldig aussprechen dürfen; allein Niemand muß sich einbilden, daß die Geschwornen bei ihrer Berathung nicht das Gesetz, welches das Verbrechen bedroht und die darin ausgesprochene Strafe in Betrachtung ziehen. Sie hören aus der Anklageschrift, aus den Reden des Staatsanwalts und des Vertheidigers von der Anklage wegen Erpressung, oder von Hochverrath sprechen; wenn sie nun befragt werden: ob der Angeklagte schuldig ist, wird auch das Gesetz, das das Verbrechen bedroht, vor ihrer Seele stehen [13]), und unwillkürlich drängt sich auch die gedrohte Strafe ihnen auf. In einer Reihe von Fällen wird in der Seele des einzelnen Geschwornen schon durch die verschiedenen Ansichten, die bei der Berathung sich geltend machen, Zweifel über die Schuld aufsteigen, das Zünglein in der Waage des menschlichen Gemüthes schwankt; Niemand wird läugnen, daß bei solcher Stimmung in das Ergebniß der Berathung auch die Rücksicht auf die Folgen des Wahrspruchs, daher auf die Strafe, unwillkürlich sich mischt. Wenn das Verbrechen, worauf die Anklage gerichtet ist, auf schmaler Gränze eines andern Verbrechens liegt, z. B. Mord und Todtschlag, oder wo das Verbrechen verschiedene Grade hat, z. B. bei Brandstiftung, bei Raub, und die Geschwornen darüber entscheiden sollen, ob der Angeklagte das Verbrechen im ersten oder zweiten Grade (mit Bezeichnung der thatsächlichen Momente, welche die Grade gesetzlich trennen) schuldig ist, so wird auch jedes der verwandten Verbrechen oder Grade

---

13) Die Strafgesetzbücher gehen ja davon aus, daß jeder Bürger die Strafgesetze kennen soll; sind denn die Geschwornen nicht auch Bürger? Sollen sie denn da, wo sie als Geschworne urtheilen, vergessen, was sie von der Strafe wissen?

dem Geschwornen vorschweben, er wird vergleichen, auch das, was das Gesetz bei seiner Unterscheidung beabsichtigte, prüfen und so zu einem Ausspruche — nothwendig mit Rücksicht auf die Strafe gelangen. Sobald das Gesetz, um der materiellen Gerechtigkeit den Sieg zu verschaffen, bestimmt, daß die Geschwornen über das Daseyn des Milderungsgrundes oder überhaupt mildernder Umstände entscheiden sollen, werden sie ja von dem Gesetzgeber selbst aufgefordert, die im Gesetze gedrohte ordentliche Strafe mit derjenigen zu vergleichen, welche nach den vorliegenden Umständen, der Ueberzeugung der Geschwornen gemäß, der Ueberzeugung der Geschwornen entspricht, und wenn sie die Unverhältnißmäßigkeit erkennen, auszusprechen, daß der im Gesetze bezeichnete Milderungsgrund oder überhaupt Milderungsgründe vorhanden sind, soweit das Gesetz den Ausspruch der letzten Art gestattet [14]). Täusche man sich nicht selbst über die Tragweite des sogenannten Milderungsgrundes der verminderten Zurechnung. Mag der Gesetzgeber noch so sehr sich quälen, kunstreich die Vorschrift des Gesetzes über diesen Milderungsgrund zu fassen, mögen z. B. nach dem neuen baierischen Gesetz Art. 3 die Geschwornen gefragt werden, so ist doch die Frage an sich und im besten Falle [15]) so unbestimmt, und die Worte: Bewußtseyn der Strafbarkeit der Handlung, getrübt, ver-

---

14) Allerdings schreibt die braunschweigische Strafprozeßordnung §. 140 vor, daß nur die Richter darüber zu entscheiden haben, ob §. 62 des Strafgesetzbuchs Anwendung finde (also ob so viele Milderungsgründe vorhanden sind, daß die Strafe unter das Minimum herabgesetzt werden soll). Wir werden unten nachweisen, daß diese Vorschrift keine Billigung verdient.

15) Nach den stenographischen Sitzungsberichten der baier. Strafgerichte, Erlangen 1849. I. S. 72, wurde in einem Falle gefragt: war das Bewußtseyn der Strafbarkeit der Handlung im Angeklagten zur Zeit der That durch große Geistesbeschränktheit in so hohem Grade getrübt, daß die Zurechnungs*fähigkeit* desselben als gemindert erscheint?

minderte Zurechnungsfähigkeit, sind so vieldeutig, selbst für den wissenschaftlich Gebildeten, daß die Geschwornen eigentlich aufgefordert sind, zu entscheiden: ob nicht die ordentliche Strafe in dem Falle zu hart seyn würde [16]). Es ist nicht weise von dem Gesetzgeber, wenn er die Geschwornen in eine schwere Zwangslage setzt, in welcher sie nach ihrem Rechtsbewußtseyn entschieden die Strafdrohung überhaupt oder die Größe der Strafe in einem Falle für ungerecht erkennen, und dennoch das „Schuldig" aussprechen sollen, während ihnen ein anderes Aushülfsmittel nahe liegt, durch das „Nichtschuldig" die wenigstens nach dem Rechtsgefühle der Geschwornen vorhandene moralische Verantwortlichkeit von sich abzuwälzen. Durch die Vertröstung der Geschwornen, daß ja durch die Begnadigung des Regenten geholfen werden könne, werden die Geschwornen nicht beruhigt, welche zu gut wissen, daß Gnade kein Recht ist, und daß der Angeschuldigte Recht verlangen kann, daß aber auch zu viele Zufälle und willkürliche Ansichten auf Ertheilung der Gnade wirken [17]). In Ländern [18]), in denen die Geschwornen aufgefordert sind, einen Beschluß zu fassen, ob der Verurtheilte zur Begnadigung zu empfehlen sey, ist es noch mehr anerkannt, daß die Geschwornen auch zu etwas Andern als nur über nackte Thatsachen zu entscheiden berufen sind. Wir geben den Geschwornen keine Allmacht, kein Begnadigungsrecht; wir rechtfertigen keine Wahr-

16) In dem Würzburger Falle eines Verwandtendiebstahls (Sitzungsberichte S. 30) beherrschte die Geschwornen gewiß eine solche Ansicht.

17) Meine Schrift: Abhandlungen über strafrechtliche Gegenstände als Einleitung zu Feuerbach's Strafrechtsfällen S. 7 — 17.

18) Nach kurhessischer Strafprozeß-Ordn. §. 337 werden nach ausgesprochenem Strafurtheil die Geschwornen zu einer solchen Berathung aufgefordert.

sprüche der Nichtschuld, wenn die Geschwornen den Angeklagten für schuldig halten, aber nur die Strafe für zu hoch ansehen; wir finden aber es begreiflich und in den Verhältnissen der menschlichen Natur liegend, daß die Geschwornen in solchen Zwangslagen zu dem einfachsten Mittel der Nichtschuldigerklärung greifen, und ihr Gewissen ihnen keine Vorwürfe darüber macht. An den Gesetzgeber ergeht aber auf jeden Fall die Aufforderung, da, wo die Strafdrohung sich nach dem Volksrechtsbewußtseyn nicht rechtfertigen läßt, lieber keine Strafe zu drohen, ungeeignete Ausdehnung des Strafgebiets in der Fassung des Gesetzes zu vermeiden und das Minimum der gedrohten Strafe nicht zu hoch zu setzen oder durch Gestattung des Ausspruchs der Geschwornen über Daseyn von Milderungsgründen ihre widernatürliche Lage zu beseitigen, soweit dies ohne Gefährdung der bürgerlichen Sicherheit und Gerechtigkeit geschehen kann.

Die Umgestaltung unsrer Strafgesetzbücher nach dem von uns bisher bezeichneten Charakter der Rechtsprechung durch Geschworne muß vorzüglich auf folgende Punkte gerichtet seyn.

I. Alle nur der Wissenschaft angehörigen Rechtsbegriffe, die überhaupt bei der Rechtsanwendung vorkommen, müssen aus den neuen Gesetzbüchern wegbleiben, weil, wie die Motive zu dem baierischen Gesetze mit Recht erklären, diese Begriffe im Rechtsbewußtseyn des Volkes und daher der Geschwornen liegen [19]) und durch die gesetzliche Aufstellung solcher Begriffe theils die Geschwornen leicht irregeführt werden, theils ihrer Ueberzeugung Zwang zugefügt werden kann [20]). Die Begriffe von bösem Vorsatz,

---

19) Duden der preuß. Entwurf einer neuen Strafgesetzgebung S. 114. 126.

20) Dies war auch in den Verhandlungen der Ausschüsse der baier. Kammern überall anerkannt.

von Fahrlässigkeit können nicht mehr in einem Gesetzbuche stehen bleiben. Man weiß, wie schon früh, auch zur Zeit als die deutschen Strafgesetzbücher noch auf die Anwendung durch rechtsgelehrte Richter berechnet waren, vielfach sich gegen die Aufnahme solcher Begriffe Stimmen erhoben [21]). In der Wissenschaft selbst war schon Streit über den richtigen Begriff z. B. von Dolus [22]). Der Gesetzgeber muß sich an einen der herrschenden Begriffe anschließen und läuft dabei Gefahr, durch eine zu weite oder enge Fassung die Richter oft zur Annahme des bösen Vorsatzes in einem Falle zu nöthigen, in welchem der Richter, wenn seine Ueberzeugung frei gewesen wäre, nicht daran gedacht hätte, ein vorsätzlich verübtes Verbrechen anzunehmen. Die Geschwornen befinden sich aber bei der Beantwortung der Schuldfrage in weit schlimmerer Lage. Unbekannt mit den wissenschaftlichen Streitigkeiten laufen sie Gefahr, wenn sie an die im Gesetze gebrauchten Ausdrücke sich halten müssen, entweder weil sie mit der in der Wissenschaft üblichen Bezeichnungsweise nicht vertraut sind, irrig ein Wort auszulegen und ängstlich dem Willen des Gesetzes treu bleiben, gegen ihre Ueberzeugung da eine vorsätzliche Handlung anzunehmen, oder das Daseyn des Vorsatzes auszuschließen. — Da wo die Gesetzgebung bei einzelnen Verbrechen für die Bezeichnung der Willensrichtung besondere Ausdrücke braucht [23]), werden die Geschwornen, wenn sie mit der allgemeinen gesetzlichen Definition vom Dolus den besondern Ausdruck [24]) vereinigen sollen, irregeführt. —

21) Meine Schrift: über den neuesten Zustand der Strafgesetzgebung S. 92. Kitka im Archiv des Criminalrechts 1835 S. 219. Hufnagel Comm. zum würt. Gesetzb. I. S. 102.

22) S. die verschiedenen Begriffe in Not. II. III. meiner Ausgabe von Feuerbach's Lehrbuch S. 100.

23) Meine Schrift: die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung II. S. 61.

24) z. B. absichtlich, böswillig rc.

Am schlimmsten wird dies z. B. in den Fällen werden, in welchen die Handlung aus Muthwillen (luxuria) verübt ist, wo in der Wissenschaft selbst großer Streit obwaltet und die gesetzliche Definition vom Vorsatz leicht irreleitet [25]), weil die Unterscheidung von Vorsatz und Fahrlässigkeit hier auf einer schmalen Gränze liegt.

II. Aus dem Gesetzbuche müssen alle Sätze entfernt werden, welche aus dem Streben des Gesetzgebers hervorgehen, für eine große Zahl von Fällen, die unter sich höchst verschieden nach der Verschuldung sind und nur durch eine die Lebensverhältnisse beachtende und die Umstände feiner Zergliederung richtig gewürdigt werden können, eine gemeinschaftliche Regel aufzustellen, welche nothwendig in einer Reihe von Fällen, an die der Gesetzgeber oft nicht dachte, nicht paßt, wo dann entweder die Geschwornen wieder irregeleitet und durch eine große Aengstlichkeit bestimmt werden, auch hier die allgemeine Regel anzuwenden, und dann ungerecht den Fall entscheiden. In diese Klasse gehört z. B. der Satz 123 des baierischen Gesetzbuchs über Einfluß der Erlaubniß des Verletzten, wo (offenbar aus dem Mangel der Unterscheidung von zwei Fragen) [26]) der Gesetzgeber die zu den größten Härten führende Vorschrift giebt, daß die Erlaubniß die Handlung weder straflos noch im minderen Grade strafbar macht. Wenn dem Todkranken im letzten Kampfe nach seinem Willen der Freund Gift reicht oder auf dem Schlachtfelde die Kugel durch den Kopf schießt, um die Qualen zu enden, so muß der Geschworne auch nach Art. 123 das Schuldig aussprechen, und nur die Gnade

---

25) Ein merkwürdiges Beispiel bietet der in der Würzburger Assise (Sitzungsberichte der baier. Schwurgerichte I. S. 50) vorgekommener Fall dar.

26) Meine Nachweisungen in Not. I. meiner Ausgabe von Feuerbach's Lehrbuch §. 35.

kann nachhelfen [27]). Hieher gehört die Vorschrift des würtembergischen und badischen Gesetzbuchs [28]) über den sogenannten dolus generalis. Wir haben nachgewiesen [29]), wie diese aus einer schweren Geburt durch Vorhaltung von ein Paar Fällen in den Kammern mit Mühe durchgebrachten Sätze in ihrer Allgemeinheit irrig, für den Rechtsgelehrten selbst nicht wohl verständlich sind und die sonderbarsten Beweisführungen fordern [30]). Während da, wo ein ähnlicher Fall vorliegt, die Geschwornen sicher das Wahre treffen werden, wird der allgemeine Satz des Gesetzbuchs sie verleiten. — Aus dem Gesetzbuche muß auch jeder Satz verbannt werden, wodurch eine Vorschrift über den Einfluß des Irrthums an der Person gegeben werden soll [31]). Denn jeder solcher Satz in einem Gesetzbuche ist geeignet, Richter, aber noch mehr Geschworne irre zu führen [32]), da diese die verschiedenartigen Streitfragen der Wissenschaft nicht verstehen, da auch die Fassung leicht auf Fälle bezogen werden kann, die durch den Satz ge-

---

27) Neuere Gesetzbücher, z. B. das badische §. 207, haben hier durch besondere Vorschriften nachgeholfen.

28) Würtemberg. Gesetzb. §. 56. Badisches §. 99.

29) Im Archiv des Criminalrechts 1841. S. 29 fgg.

30) Z. B. wenn das badische Gesetz in sofern zum Vorsatz zurechnet, als der Thäter bei der den Erfolg herbeiführenden Handlung seine Absicht nicht geändert hat; oder wenn das würtembergische Gesetz darauf sieht, ob der Thäter das vermeintlich schon vollführte Verbrechen nicht mißbilligt hatte. Hier wird in den Gerichtshöfen die Frage streitig: wer den Beweis der Aenderung oder Mißbilligung zu führen hat. Hufnagel Comm. I. S. 103.

31) Badisches Gesetz §. 100.

32) Man prüfe nur, wie verschiedenartig selbst in den neuen Gesetzbüchern der Satz aufgestellt ist, z. B. wenn das hessische Gesetzbuch Art. 62 zu dem badischen Gesetzb. die Worte: durch Zufall beifügt, während das braunschweig. §. 28 und das hannov. Gesetz Art. 95 weit enger den Satz faßt.

rechter Weise nicht getroffen werden können [33]). Das französische Gesetzbuch enthält auch keinen solchen Satz, ohne daß irgend ein Nachtheil sich zeigt [34]). Wird die Frage an die Geschwornen gestellt: Ist der Angeklagte schuldig, den A (also den, welchen er getroffen hat) vorsätzlich getödtet zu haben? so werden in den Verhandlungen von dem Staatsanwalte und dem Vertheidiger alle einschlägigen Rücksichten zergliedert, die Geschwornen werden die Umstände des einzelnen Falles prüfen und gerecht entscheiden [35]). Nicht selten kann auch, wenn nach den Umständen es scheint, daß der Angeklagte durch sein Benehmen wenigstens fahrlässiger Weise z. B. den Tod einer andern Person, deren Tod er nicht beabsichtigte, verschuldet hat, durch eine eventuelle Frage über das Daseyn der Fahrlässigkeit geholfen werden. — Ebenso sollten aus dem Gesetzbuche künftig Sätze entfernt werden [36]), welche sich bei dem Versuche darauf beziehen, daß auch der Gebrauch untauglicher Mittel oder Verübung der Handlung an Gegenständen, an welchen das Verbrechen nicht möglich ist, strafbaren Versuch begründen; die Einschränkungen, welche die neuen Gesetzbücher hinzufügen, z. B. wenn der Thäter aus Unverstand oder Aberglauben handelte u. A., um dadurch die Gefahr der zu großen Strenge der Strafe wegen der Allgemeinheit der Fassung des Gesetzes zu beseitigen, zeigen hinreichend, daß der Gesetzgeber selbst die Besorgniß der Nachtheile solcher allgemei-

33) Z. B. Fälle in meiner Schrift: Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung I. S. 173.

34) Hélie Théorie du Code pénal V. p. 218—222.

35) Auch bei der Frage über Annahme des preuß. Entwurfs in den Rheinlanden wurde die Unzweckmäßigkeit eines solchen Satzes erkannt. Duden a. a. O. S. 129.

36) Sächs. Gesetzb. Art. 26. Würtemberg. 72. Badisches 110. Hessisches 67. Braunschweig. §. 30.

nen doctrinellen Sätze erkennt. Nie aber wird der Gesetzgeber hoffen dürfen, alle möglichen Fälle, in denen der allgemeine Satz nicht zur Anwendung kommen soll, im Gesetze erschöpfen zu können, und so ist es weiser, die Beurtheilung der Fälle nach den einzelnen Umständen den Geschwornen zu überlassen.

III. Das Gesetzbuch darf in Zukunft keine Sätze enthalten, durch welche es Rechtsvermuthungen aufstellt, z. B. die Vermuthung des Dolus, oder Vorschriften über die Fälle, in denen ein anderer Erfolg als worauf die Absicht ging, eintrat [37]), oder wo das Gesetz für die Beurtheilung des sogenannten unbestimmten oder alternativen Dolus [38]) Sätze aufstellen will. Alle diese Vorschriften hängen mit der bisherigen gesetzlichen Beweistheorie zusammen und sind daher unverträglich mit dem Grundsatze, daß der Geschworne und Richter nach ihrer freien Ueberzeugung über die Schuldfrage urtheilen sollen. Sie würden die Geschwornen nöthigen, oft gegen ihre Ueberzeugung etwas für wahr anzunehmen.

IV. Vorzüglich bedarf es einer Umgestaltung der Zurechnungslehre in den Gesetzbüchern. Nach dem Charakter unsrer bisherigen Strafgesetzbücher, die überhaupt die Streitfragen der Wissenschaft gesetzlich durch allgemeine Sätze entscheiden und beseitigen zu können hofften und dabei voraussetzen konnten, daß die mit den Fortschritten der Wissenschaft und mit der Bedeutung der aus der Doctrin entlehnten Ausdrücke vertrauten rechtsgelehrten Richter im Geiste der Wissenschaft die Sätze anwenden würden, konnten auch kunstreich gebildete, ängstlich jedes Wort abwägende Sätze über den Grundsatz der Zurechnung im Gesetzbuche aufgestellt und bei den die Zurechnung ausschließen-

37) Baier. Gesetzb. Art. 41 — 44.

38) Daher sollte auch der Satz 29 des Entwurfs für die thüring. Staaten keinen Platz in einem Gesetzbuche finden.

den Zuständen gewisse Zustände gesetzlich bezeichnet werden, insbesondere bei den Seelenstörungen. — Eine solche Gesetzgebung ist bei dem Daseyn der Schwurgerichte unmöglich, wenn nicht die größten Nachtheile entstehen sollen. Die Entscheidung über die Zurechnungsfähigkeit des Angeklagten ist ein Theil des Urtheils über die Schuldfrage [39]). Das Urtheil über die Zurechnung liegt im Rechtsbewußtseyn des Volks und daher auch der Geschwornen, welche nach allen Umständen des Falles nach der Individualität des vor ihnen erschienenen Angeklagten urtheilen werden, ob ihm die That zugerechnet werden kann. Sobald der Gesetzgeber durch einen, irgend einem der herrschenden wissenschaftlichen Systeme entlehnten Grundsatz die Zurechnungslehre im Gesetze regeln will, läuft er Gefahr, einem wissenschaftlichen Irrthume (der bei weiteren Fortschritten als solcher allgemein erkannt wird) den gesetzlichen Stempel zu verleihen und so ungerechte Entscheidungen herbeizuführen. Wo aber Geschworne urtheilen sollen, wird dies noch schlimmer, weil die nur dem Rechtsgelehrten bekannte Bedeutung des gewählten Ausdrucks leicht irrig aufgefaßt wird. Eine zu einem gerechten Wahrspruche führende Fragestellung ist dabei kaum möglich, wenn z. B. nach dem badischen Gesetzbuche die Geschwornen gefragt werden sollten: Befand sich der Angeklagte zur Zeit der Verübung in einem Zustande, in welchem das Bewußtseyn der Strafbarkeit der Handlung oder die Willkür des Handelnden fehlt? Wer mag bei der Vieldeutigkeit des Wortes Willkür erwarten, daß die Geschwornen eine richtige Antwort geben? Oder wenn nach dem preußischen Entwurfe §. 78 die Frage so gestellt

39) Köstlin das Geschwornengericht S. 197. Gneist die Bildung der Geschwornengerichte S. 68.

40) Meine Abhandlungen über strafrechtliche Gegenstände S. 34.

würde: Befand er sich in einem Zustande, in welchem er die Unrechtmäßigkeit seiner Handlung einzusehen und sie zu unterlassen im Stande war? [41]) Abgesehen, daß die Einsicht der Unrechtmäßigkeit (also daß z. B. die Handlung nach dem Civilrechte gewisse nachtheilige Folgen nach sich ziehe) noch nicht genügen kann, ist es selbst bedenklich, von der höchst unbestimmten Fassung etwas abhängig zu machen, ob der Thäter im Stande war, das Unrecht einzusehen. Betrachtet man aber solche allgemeine Grundsätze nur als Einleitungssätze, und fordert, daß an die Geschwornen die Frage über das Daseyn eines bestimmten im Gesetze angegebenen Ausschließungsgrundes der Zurechnung gestellt werde, so läuft der Gesetzgeber wieder eine andere Gefahr; denn da die im Gesetzbuche bezeichneten Zustände nur unter Voraussetzung, daß sie die in der allgemeinen Vorschrift [42]) angegebenen Merkmale an sich tragen, als Ausschließungsgründe der Zurechnung gelten sollen, so müßten doch den Geschwornen auch diese doctrinellen Sätze vorgehalten werden. Die Zustände aber, welche die Zurechnung ausschließen können, lassen sich nicht auf eine bestimmte geschlossene Zahl zurückführen; die Ausdrücke z. B. zur Bezeichnung der Seelenstörungen sind zu verschiedenartig [43]) nach den Ansichten der Gelehrten selbst, und Ausdrücke, die vom Mangel des Vernunftgebrauchs sprechen [44]), sind nicht geeignet, die Ge=

---

41) Gegen diese Fassung s. auch Duden der preuß. Entwurf S. 161.

42) Das badische Gesetzbuch §. 75 sagt ausdrücklich: Zu den Zuständen.

43) Meine Abhandlungen rc. S. 36.

44) Wenn der thüringische Entwurf §. 62 zwar sich damit begnügt zu erklären: Es kann keine Strafe erkannt werden 1) gegen Personen, welche durch eine allgemeine oder theilweise Seelenkrankheit des Gebrauchs ihrer Vernunft völlig beraubt waren, . . so ist dies nicht auf Anwendung durch Geschworne berechnet.

schwornen aufzuklären. Ohnehin können so leicht mehrere Zustände von Seelenstörung bei einem Angeklagten zusammentreffen, daß durch die Befragung um das Daseyn eines bestimmten im Gesetze bezeichneten Zustandes die Geschwornen zu ungerechten Wahrsprüchen verleitet werden können [45]). Wann wird man erkennen, daß es Zustände giebt, in denen bei einem Zusammentreffen vieler auf das Gemüth des Handelnden einwirkenden Umstände gerechter Weise eine Zurechnung nicht angenommen werden kann, ohne daß der Gesetzgeber den Zustand mit einem bestimmten technischen Ausdrucke bezeichnen kann? [46])

V. Alle Bestimmungen in den Gesetzbüchern, welche im allgemeinen Theile die Strafanwendung von Merkmalen abhängig machen, die durch eine einseitige Doctrin aufgestellt sind, und wegen der Allgemeinheit, die der Gesetzgeber bezweckt, ihn nöthigen, viele Fälle verschiedener Verschuldung vermöge einer von der Gesetzgebung aufgestellten Vermuthung oder einer gewissen vom Geiste einer bestimmten Theorie aufgestellten Ansicht gleich zu beurtheilen, sind aus jedem Gesetzbuche, vorzüglich aus demjenigen zu entfernen, das auf Geschworne berechnet ist. Dahin gehört die Lehre vom Complott, die in dem Rechtsbewußtseyn des Volkes gewiß nicht liegt [47]). Die Erfahrung in den deutschen Staaten, deren Gesetzbücher die Lehre aufnahmen, sollte über die Nachtheile belehren [48]). Die Lehre

---

45) Baumeister Bemerkungen zur Strafgesetzgebung S. 51.

46) S. in diesem Archive 1847. S. 607. Wir werden unten auch die französischen und englischen Erfahrungen über die Fragestellung wegen Zurechnung angeben.

47) S. dies Archiv 1839. S. 554 u. 165; 1846. S. 330; 1847. S. 359.

48) Wir bitten über Würtemberg die Bemerkungen von Hufnagel Comm. II. S. 831, Hepp in diesem Archive 1846. S. 330, über Hannover v. Bothmer Erörterungen Bd. II. Nr. 6 nachzusehen.

ist erfunden, um durch eine Hinterthür hereinzubringen, was man durch den allgemeinen Satz herausgebracht hat. Nachdem nämlich die deutsche Praxis den Satz aufstellte, daß der Gehülfe gelinder als der Urheber bestraft werden soll, wollte man doch in einigen Fällen beide gleich strafen. Nun räsonnirte man über die Gründe der Strafbarkeit des Complotts, kam dabei zu einer Reihe von Vermuthungen, z. B. wie hier Jeder gleichsam intellectueller Urheber des Andern werde, und suchte nun durch eine allgemeine Fassung [49]) den Richtern darüber Vorschriften zu geben. In der Anwendung ergaben sich über den Sinn der einzelnen Worte und über das Daseyn des Complotts die größten Streitigkeiten, z. B. über die Worte: gemeinschaftliches Interesse an der That, oder Verabredung zur Ausführung (daher ob auch die Zusage des Beistandes durch eine bestimmte Handlung vor der That, oder bei versprochener Mitwirkung durch absichtliche Unterlassung dahin gehöre) [50]). Kam man zur Aufstellung einzelner Folgesätze im Gesetze, so gelangte man leicht zu ungerechten Entscheidungen, z. B. wegen des Rücktritts. Der generalisirte Satz führte zu Ungerechtigkeiten, wenn man z. B. einen geistig und körperlich sehr unbedeutenden Menschen, der bei dem Beschlusse gegenwärtig war und sein Ja gedankenlos brüllte ohne irgend einen Einfluß zu haben, in gleicher Verschuldung als Complotteur mit dem kühnsten und entschlossensten Theilnehmer aufstellen mußte [51]). Will man solche Sätze durch Fra-

49) Die Verschiedenheit der Ansichten s. Note II meiner Ausgabe von Feuerbach §. 47.

50) Man weiß, wie in Bezug auf Baiern schon v. Gönner in den Jahrbüchern I. S. 77 u. in seinen Motiven zum baier. Entwurf S. 112 die nachtheiligen Erfahrungen hervorhob.

51) Im badischen Gesetzbuche ist §. 127 wenigstens ein Zusatz gemacht, welcher die Richter ermächtigt, unter besonderen Umständen nur die Strafe des Gehülfen anzunehmen.

gen an die Geschwornen zur Anwendung bringen, so kann man darauf rechnen, daß die Geschwornen die Frage wegen ihrer Schwerfälligkeit nicht verstehen [52]) und daher leicht unpassende Wahrsprüche geben.

VI. Aus einem Gesetzbuche, das auf Urtheilsfällung durch Geschworne berechnet ist, müssen alle Unterscheidungen verbannt werden, welche für die Rechtsanwendung überhaupt alle Fälle der Verschuldung in gewisse Klassen oder Abstufungen einzureihen suchen, wo dem Gesetzgeber gewisse von ihm in ihrer Eigenthümlichkeit construirte Fälle vorschweben und er darnach die schwere oder geringe Abstufung der Verschuldung bestimmt und für jeden Grad die besondere Strafe droht. Dies ist der Fall bei der Aufstellung der Grade des Versuchs, insbesondere bei Trennung des beendigten oder unbeendigten Versuchs. Man braucht nur die in den neuen Gesetzbüchern aufgestellten [53]) Vorschriften über diese Abstufungen und die geschraubte aus langen Streitigkeiten in den Kammern hervorgegangene vieldeutige Fassung [54]) zu betrachten, und die Erfahrungen der Länder, in welchen solche Unterscheidungen bestanden, zu berücksichtigen [55]), um sich zu überzeugen,

---

52) In Baiern, wo die Sätze des Gesetzbuchs über Complott noch bestehen, zeigt sich dies bei den Geschwornen klar, z. B. in dem Falle vor der Würzburger Assise (Sitzungsberichte der baier. Schwurgerichte I. S. 82), oder in einem Falle in Straubing (Verhandlungen des 3ten Schwurgerichts in Niederbaiern, 3ter Fall vom 20. August 1849).

53) Würtemberg. Gesetzb. §. 64. Badisches §. 107. Hessisches §. 68. Hannov. §. 33.

54) Wenn es z. B. im badischen Gesetzbuche heißt: daß der Erfolg durch Umstände abgewendet wurde, welche ihren Grund nicht in dem Willen und nicht in der eignen Handlungsweise des Thäters hatten.

55) Hufnagel Comment. zum würtemb. Gesetzb. I. S. 133. II. S. 894. Meine Schrift: Die Strafgesetzgebung rc. I. S. 177.

daß darauf keine Frage an die Geschwornen gestellt werden kann, wenn man nicht die Geschwornen irreleiten oder zu Wahrsprüchen nöthigen will, die sie gegen ihre Ueberzeugung geben müssen, weil sie einen Fall, der nach allen Umständen auf der Stufe geringerer Verschuldung steht, als Fall des beendigten Versuchs wegen der besondern Fassung §. 6 des Gesetzes erklären. Stellen die Geschwornen die einfache Frage: Ist der Angeklagte schuldig dadurch, daß er (nun folgt die Handlung, worauf die Anklage geht) einräumt, den Anfang der Ausführung des Verbrechens (nach der Anklage) verübt zu haben [56])? so haben die Richter die Strafe des Versuchs, für die ein weiter Raum gegeben seyn muß, zu bestimmen. — Auf gleiche Weise sollte man bei den Gehülfen keine Grade im Gesetze aufstellen. Eine interessante Verhandlung entspann sich in den baierischen Ausschüssen der Kammern über die Frage: ob die im baierischen Gesetzbuche [57]) aufgestellten Grade der Fahrlässigkeit beibehalten werden sollten. Die Regierung hatte in ihrem vorgelegten Entwurfe zwar den Art. 64, welcher den Begriff der Fahrlässigkeit aufstellt, weggelassen, aber die Art. 65—68 über die Grade der culpa beibehalten, weil darüber die Geschwornen nicht entscheiden sollten, sondern der Richter nur urtheilen könnte, — da zur Entscheidung der gesunde Menschenverstand nicht ausreiche, sondern genaues Studium des Gesetzbuchs erfordert werde, und die Aufstellung von Graden zur Strafausmessung und so zur richterlichen Competenz gehöre; wie dies auch im Vortrage der Kammer der Abgeordneten behauptet wurde [58]). In der Kammer der Reichsräthe hatten

56) Man weiß, mit welcher Vorsicht in Frankreich die Fragen über Versuch gestellt werden; s. Arrêts in der Encyclopédie de droit par Sebire Vol. VII. p. 143.

57) Baier. Gesetzb. Art. 65. 66 — 68.

58) Verhandlungen des ständigen Gesetzgebungsausschusses der Abgeordneten, 1. Beilageband S. 11.

dagegen, wie wir glauben mit Recht, Mehrere [59]) sich dafür ausgesprochen, daß die Art. 65 — 68 aus dem Gesetzbuche entfernt werden müßten, oder daß die Geschwornen auch über den Grad der culpa zu entscheiden hätten, daß die im Gesetzbuche aufgestellten Sätze nur gewisse Beispiele enthielten, die als Präsumtionen aufgestellt wären. Der Justizminister gestand, daß man in das neue Gesetzbuch [60]), und überhaupt in eine Gesetzgebung, wonach Geschworne zu Gericht sitzen, keine Bestimmungen über Grade der Fahrlässigkeit aufnehmen dürfe, daß aber eine solche Aenderung jetzt schon zu weit gegangen wäre, und nachdem einmal das Gesetzbuch Gradationen aufstelle, die Richter über die Grade der Fahrlässigkeit urtheilen müßten. Diese Gründe bestimmten die Ausschüsse der Kammern, dem Minister zuzustimmen [61]), so daß jetzt in Baiern die Geschwornen nur gefragt werden: ob der Angeklagte aus Fahrlässigkeit gehandelt habe, und bei bejahendem Wahrspruch die Gerichte urtheilen, ob Strafe der geringen oder groben Fahrlässigkeit eintreten soll [62]). Wir sind überzeugt, daß diese auch nur provisorische Beibehaltung der Grade der Fahrlässigkeit nicht zu billigen ist; wenn das Gesetz (im Art. 65) gewisse Arten der groben Fahrlässigkeit (mit der Folge Art. 69, daß schwerere Strafe eintritt) hervorhebt, so liegen Vermuthungen des Gesetzgebers zum Grunde, indem er einen gewissen Fall nach Umständen, die er sich construirt, als so schwer ansieht, daß er grobe Fahrlässigkeit begründet,

---

59) Z. B. Graf Reigersberg; vorzüglich v. Maurer Verhandl. der Kammer der Reichsräthe I. S. 15. 26.

60) Protokolle des Ausschusses der Reichsräthe, 2tes Protokoll S. 53.

61) Protokolle l. c. S. 55.

62) Beispiel in der Würzburger Assise: Sitzungsberichte der baier. Schwurgerichte I. S. 50.

z. B. wenn der Handelnde durch den Vortheil eigenthümlicher Kenntnisse oder Verhältnisse im Stande war, die Gefährlichkeit seiner Handlung einzusehen; dies absolute Einreihen des Falles in die Klasse der groben Fahrlässigkeit kann aber leicht zur Ungerechtigkeit führen, weil durch Zusammentreffen des vom Gesetzgeber hervorgehobenen Merkmals mit andern Merkmalen der Fall aus der Reihe der groben Fahrlässigkeit in die der geringen fällt, wo z. B. der Handelnde durch dringende Umstände zu raschen Entschlüssen fortgestoßen wurde, oder wo eine besondere geistige Beschränktheit des Handelnden eintrat, oder ein besonderes Zusammentreffen von Umständen auch den Vorsichtigsten täuschen konnte. Es wird hier, wenn der Gesetzgeber nur überhaupt die Strafe der culpa mit einem Maximum droht, den Richtern zu überlassen seyn, die Strafe zu bestimmen, ohne daß sie durch gesetzlich aufgestellte Grade gebunden sind, oder wenn Strafe darnach gedroht wird, ob grobe oder geringe culpa da ist, wird es gerecht seyn, auch an die Geschwornen die Entscheidung der Frage zu weisen: ob der Angeklagte der groben oder geringen Fahrlässigkeit schuldig ist.

VII. Aus dem Gesetzbuche für Geschworne müssen Vorschriften entfernt werden, worin der Thatbestand des bedrohten Verbrechens von einem Merkmale abhängig gemacht wird, worüber die Geschwornen gar nicht entscheiden können, z. B. wenn die Strafbarkeit der unterlassenen Verhinderung vom Verbrechen nach dem badischen Gesetzbuche Art. 146 darauf gestellt ist, daß der Unterlassende von dem Vorhaben eines Andern, ein bestimmtes mit Todes- oder lebenslänglicher oder zeitlicher Zuchthausstrafe nicht unter 10 Jahren bedrohtes Verbrechen zu begehen, Kenntniß hatte: wie sollen hier die Geschwornen entscheiden? Wenn die Frage gestellt wird: Ist A schuldig, ein Verbrechen, das B begehen wollte, verheimlicht zu haben, welches

mit Zuchthaus nicht unter 10 Jahren bedroht war, so können die Geschwornen nicht wissen, welche Strafe in dem Falle, wenn der Andere dasselbe ausgeführt haben würde, ihn getroffen hätte. Die einzelnen Abstufungen der Verbrechen im Gesetzbuche gränzen so aneinander, daß auch der beste Jurist vorher, ehe das Verbrechen ausgeführt und darüber verhandelt ist, nicht sagen kann, welche Strafe eintreten wird, z. B. bei Brandstiftung, bei Raub. Wie soll hier die Frage an die Geschwornen gestellt werden? — Auf ähnliche Art können auch Vorschriften z. B. im baier. Gesetzbuche [63]) bei Befreiung eines Gefangenen nicht stehen bleiben; denn die Frage: ob der Angeklagte schuldig ist, einen wegen eines mit Zuchthaus bedrohten Verbrechens Angeschuldigten befreit zu haben, kann eben so wenig genügen, als wenn man nur allgemein fragen wollte: ob er überhaupt einen Gefangenen befreit hat.

VIII. Zu vermeiden sind alle Strafbestimmungen, die eigentlich Verdachtstrafen enthalten und unter Herrschaft einer Gesetzgebung vorkommen konnten, welche eine gesetzliche Beweistheorie vorschrieb, obwohl auch schon damals die Erlassung solcher, Verdachtstrafen begründenden Gesetze nicht weise war. Dahin gehören besonders Bestimmungen wie z. B. die baierische (Gesetzbuch Art. 160—164) über Kindesmord, wenn lebendige Geburt oder Lebensfähigkeit nicht erwiesen waren [64]).

IX. Unverträglich mit der Rechtsanwendung, an welcher Geschworne Theil nehmen, sind Bestimmungen, in

63) Nach Art. 328 ist die Strafe der Befreiung, wenn der Befreite wegen eines Kapitalverbrechens gefangen war, 4—6 Jahre Arbeitshaus; wenn der Befreite wegen eines mit Zuchthaus bedrohten Verbrechens angeschuldigt war, 1 bis 4 Jahre Arbeitshaus.

64) Wir werden unten die Verhandlungen der Ausschüsse der baier. Kammern über diese Artikel näher prüfen.

welchen bei einzelnen Verbrechen das Gesetz um die möglichen Streitigkeiten abzuschneiden eine juristische Vermuthung aufstellt, die den Richter bindet, z. B. wenn das baierische Gesetzbuch [65]) bei dem Bankerott gewisse Handlungen bezeichnet, aus welchen die Vermuthung des betrüglichen Bankerotts abgeleitet werden soll, oder wenn das badische Gesetzbuch [66]) bei der Unterschlagung vorschreibt, daß wider denjenigen, der eine gewisse im Gesetze bezeichnete Handlungsweise sich zu Schulden kommen läßt, die Vermuthung der absichtlichen die Unterschlagung bedingenden Zueignung spricht [67]). Alle solche Sätze gehören dem Systeme an, welches eine gesetzliche Beweistheorie aufstellte und von rechtsgelehrten Richtern angewendet wurde, während da, wo Geschworne urtheilen sollen, solche Rechtsvermuthungen so wenig als die gesetzliche Beweistheorie am Platze seyn können; denn dadurch würde der Ueberzeugung der Geschwornen ein schwerer Zwang zugefügt, sie müßten gewisse Thatsachen für wahr annehmen, und nur darüber: ob nach dem geführten Gegenbeweise des Angeklagten das Gegentheil wahr ist, müßte eine Frage gestellt werden. Wir würden aber auch aus dem Gesetzbuche jede Vorschrift entfernen, in welcher das Gesetz wegen der gesetzlich angenommenen Schwere des Verbrechens um Entschuldigungen des Thäters abzuschneiden eine harte Strafe droht, indem das Gesetz verschiedenartige Fälle zusammenfaßt. Ein Beispiel findet sich im baierischen Strafgesetzbuche (Art. 149), wenn bei dem Giftmorde bestimmt wird, daß der, welcher in rechtswidriger Absicht einem Andern Gift beigebracht hat, woran

65) Art. 279.

66) Note 401.

67) Das Gesetz fügt hinzu: in sofern sich nicht aus den Umständen des einzelnen Falles etwas Anderes ergiebt.

dieser gestorben ist, mit der Entschuldigung nicht gehört wird, daß seine Absicht nicht auf Tödtung, sondern nur auf Hervorbringung einer Beschädigung gerichtet gewesen sey. Mögen auch die Ausschüsse der baierischen Kammern [68]) versichern, daß hier keine Vermuthung des Vorsatzes, sondern ein bestimmtes Strafgesetz für Handlungen vorliegt, welche der Gesetzgeber für so strafbar ansieht, daß er sie anderen strafbaren Handlungen gleichstellt [69]), so kann doch derjenige, der mit Feuerbach's Ansichten und dem Ganzen der baierischen Gesetzgebung vertraut ist, nicht zweifeln, daß der Art. 149 nur die Folge der im Art. 44 aufgestellten Ansicht war und auf der Vermuthung beruhte, daß, wenn einmal Jemand mit der Absicht einen Andern zu beschädigen Gift giebt, er auch verantwortlich für die schlimmste Folge bleibt. Auf jeden Fall führt der Satz leicht zu einer Ungerechtigkeit, da gewiß Fälle vorkommen, in welchen der Thäter nicht entfernt an Tödtung des Andern dachte und auch die Veranstaltung so gemacht hat, daß er nicht erfolgen sollte [70]). In die Klasse solcher Bestimmungen, die zur freien Ueberzeugung der Geschwornen nicht passen, gehören auch die [71]), daß bei Tödtung im Raufhandel, wenn nichts ausgemittelt werden kann, die Theilnehmer, die mit dem Verletzten gerauft oder sich thätlich an ihm vergriffen haben, mit einer (außerordentlichen) Strafe bedroht werden. Es leuchtet ein, daß

68) Beilageband der Verhandlungen des Gesetzgebungsausschusses der Reichsräthe I. S. 33.

69) Nach der Ansicht des Berichterstatters der Kammer (S. 33) will der Gesetzgeber, daß der Thäter, der in rechtswidriger Absicht Gift giebt, Todesstrafe leide.

70) In den neueren Gesetzbüchern kommen freilich ähnliche Bestimmungen vor; mit Recht hat Hepp im Archive des Crim. R. 1847. S. 504 den hier mit der Drohung der Todesstrafe gemachten Mißbrauch gerügt.

71) Z. B. badisches Strafg. §. 240. Nr. 2.

hier eine gewiß in vielen Fällen grundlose Vermuthung zum Grunde liegt, nach welcher man die, welche einmal mit dem Verletzten rauften, auch zu seiner Tödtung mitwirkten.

X. Die Einführung der Schwurgerichte muß aber auch eine tief gehende Umgestaltung der Strafgesetzgebung in Beziehung auf die Strafdrohungen erzeugen, und zwar: A) um eine ungeeignete zu weite Ausdehnung des Strafgebiets zu vermeiden; B) um die gedrohten Strafminima herabzusetzen und den Geschwornen die einer gerechten Rechtsprechung nachtheilige Lage zu ersparen, zu materiell ungerechten Strafurtheilen beitragen zu müssen.

Ad A. Wenn schon überhaupt immer mehr die unverhältnißmäßige Ausdehnung des Strafgebiets als nachtheilig erkannt wird [72], so zeigt sich der Nachtheil noch mehr bei einer auf Schwurgerichte berechneten Gesetzgebung. Es liegt in der Natur der Urtheilsfällung durch Geschworne, daß diese, indem sie über die Schuld urtheilen, sich in die Persönlichkeit des Angeschuldigten hineindenken, die Umstände genau berücksichtigen, unter denen er handelte und welche seine Handlungsweise erzeugten und auf sein Bewußtseyn von der Strafbarkeit der Handlung wirkten, daß endlich die Geschwornen die Folgen und Wirkungen der Handlung in Bezug auf die bürgerliche Gesellschaft beachten. Das Rechtsbewußtseyn des Volkes empört sich gegen eine Strafdrohung auf Handlungen, die keine nachtheiligen Wirkungen für die Gesellschaft hatten, und nach den besonderen Umständen nicht haben konnten [73]), oder

---

72) Kitka über das Verfahren bei Abfassung neuer Gesetzbücher S. 72, und meine Schrift: Ueber den neuesten Zustand der Strafgesetzgebung S. 164.

73) Schon das römische Recht hat in seiner l. 7. §. 5. D. ad leg. Jul. majest. durch die Worte: an potuerit facere, dar-

wo sich bei der Handlung, welche Gegenstand der Anschuldigung ist, mehr nur eine bedenkliche, aber nicht reife Gesinnung sich ergiebt [74]), wo die Handlung weit entfernt von derjenigen steht, mit der sie als Vorbereitung im Zusammenhange stehen soll, und wo das Volk fühlt, daß die Gränze zwischen dem Erlaubten und selbst Lobenswerthen und dem Strafbaren so fein ist, daß ein richtiges Erkennen schwierig wird und selbst nicht leicht angenommen werden darf, daß der Handelnde das Bewußtseyn der Strafbarkeit seiner That hatte. Vorzüglich kommen diese Rücksichten bei Beurtheilung der sogenannten politischen Verbrechen zur Anwendung. Man thut häufig den Geschwornen sehr Unrecht, wenn man die bei solchen Anklagen auf Nichtschuldig lautenden Wahrsprüche als Folgen einer bedenklichen Opposition gegen die Regierung, oder ihrer Verblendung betrachtet, oder sie der Einschüchterung durch Andere zuschreibt; während man erkennen sollte, daß die Schuld weit häufiger an der Regierung liegt, die solche grundlose Anklagen erheben läßt oder so unzweckmäßige Strafgesetze beibehält. Man vergißt, daß eben bei den politischen Verbrechen der Rechtssinn der Geschwornen sich sträubt, wenn die Strafbarkeit zu weit ausgedehnt

---

auf gedeutet, daß der Richter vorzüglich berücksichtigen soll, ob denn die gebrauchten Mittel nach allen vorliegenden Umständen eine Gefahr erzeugen konnten. Walther Beitrag zur Lehre vom hochverrätherischen Complott. München 1849. S. 11.

74) Mit Recht bemerkt Morin (ein ausgezeichneter Jurist, der überall als Freund der Ordnung sich bewährte), in seinem Dictionnaire du droit criminel p. 178: Les complotts, que le legislateur vouloit atteindre, ne sont pas ceux d'une faible portée, sans force et par consequent sans danger, le devoir du Jury est de ne pas appliquer à la sottise, à l'aveuglement, à l'erreur, à l'indecision ou à la faiblesse une incrimination rigoureuse, dont le legislateur n'a voulu armer le gouvernement, que contre des ennemis serieux.

ist und unter dem Gesichtspunkte der Vorbereitungshandlungen oder des Complotts Handlungen verfolgt werden, bei welchen jeder Unparteiische nur die Absicht erkennt, einen als Feind der Regierung betrachteten mißliebigen Mann durch einen Tendenzprozeß unschädlich zu machen. Jeder Gesetzgeber, der ein Strafgesetz über Hochverrath erläßt, sollte erwägen, daß die Stellung der Bürger jetzt eine andere ist als früher[75]), daß, nachdem freie Presse, Vereins- und Versammlungsrecht gewährleistet sind, manche Handlungen vorkommen, die früher leichter verboten werden konnten, während jetzt, nachdem das Hauptrecht gestattet ist, bei der Ausübung desselben die Erkenntniß der Gränzen des Erlaubten schwierig ist und selbst der Freund des Rechts getäuscht oder in der Aufregung gegen seinen Willen weiter geführt werden kann. Wir erinnern an Dahlmann's Worte[76]), wenn er die Schwierigkeit dieser Beurtheilung schildert. Wir erkennen die Unbestimmtheit und die Ausdehnung des Strafgebiets in Beziehung auf die Gesetzgebung über Hochverrath als ein Unglück für die Regierung, zu welcher leicht durch solche für Tendenzprozesse im Volke betrachtete Anklagen das Vertrauen untergraben wird; wir finden darin ebenso einen Nachtheil für die bürgerliche Gesellschaft, in welcher immer neuer Stoff der Aufregung geworfen wird und die Geschwornen in eine Lage versetzt werden, in welcher sie theils empört werden durch die von der allgemeinen Stimme als Unrecht oder doch als Unklugheit erkannte Straf-

75) Geib S. 155.

76) In seiner Geschichte der englischen Revolution S. 329, wo es heißt: In Zeiten großer politischer Erregung ist es kaum möglich zugleich politisch thätig und vor dem Gesetze schuldlos zu bleiben; auch wird es niemals mit juristischer Schärfe ausgemacht werden, wo die Gränze des erlaubten Widerstandes anfängt.

verfolgung und die häufig dabei eintretende Leidenschaftlichkeit von Seite der Regierungsorgane, theils aufgerufen sind, über eine rein politische Frage zwischen der Regierung und dem Angeklagten zu entscheiden. Wer mag glauben, daß die in ruhigen Zeiten in der Studirstube construirten, vor 60 oder vor mehr als 30 Jahren erlassenen Strafbestimmungen über Hochverrath sich anwenden lassen auf Handlungen, wo entweder das Associationsrecht nach der Meinung der Regierung über seine Gränzen getrieben wurde, oder ein anerkannt politischer Körper Beschlüsse faßte, durch welche er höchstens seine Befugnisse überschritt, oder in der allgemeinen Aufregung eine zu ausgedehnte politische Macht sich beilegte? [77]) Erkennt man denn nicht, daß jenes furchtbare Verbrechen des Hochverraths in seiner Bedeutung leidet, und wenn derselbe auf Handlungen ausgedehnt wird, die die allgemeine Stimme der Verständigen mißbilligen, für Aufmerksamkeit erweckend oder unklug, aber nicht als Hochverrath erkennen mag? Leidet nicht die Fragestellung an die Geschwornen, wenn das Strafgesetz über Hochverrath ganz unbestimmte doctrinelle Ausdrücke enthält, z. B. wenn der rechtswidrige Angriff auf die Grundgesetze des Staats, um sie in ihren wesentlichen Theilen zu verändern, als Hochverrath bezeichnet wird [78]), oder wenn als Hochverräther der gestraft werden soll, welcher gewaltsamen Angriff macht gegen das Regierungsrecht des Staatsoberhaupts

---

77) Der neue dem Parlamente Englands (Oberhause) 1849 von Lord Brougham vorgelegte Entwurf eines Strafgesetzbuchs enthält sect. I. art. 6—8 eigene Bestimmungen über den Einfluß des Zwangs und der Furcht, durch welche Jemand bei Hochverrath zu Theilnahmshandlungen bestimmt werde.

78) In dem Entwurfe eines Criminalgesetzbuchs für die Hansestädte §. 63. Aehnlich im Entwurf für die Thüring. Staaten §. 78.

oder gegen die Selbstständigkeit des Staats? [79]) Eine passende Fragestellung ist bei einer solchen Fassung unmöglich. So bedarf auch die Gesetzgebung über die Majestätsbeleidigung einer Revision. Viele Prozesse der neuen Zeit machen einen peinlichen Eindruck, wenn man die Kette von Sophismen bemerkt, durch welche der Staatsanwalt zur Begründung der Anklage, und der Vertheidiger zur Beschönigung der gemeinsten Ausdrücke, oft mit Anführung der mühsam gesuchten Auslegung, sich hindurch windet. Im Volke liegt das Rechtsbewußtseyn, daß der Regent auf die Ehre ebenso Anspruch hat, wie jeder Bürger; würde diese Idee klar im Gesetzbuche zum Grunde gelegt seyn, so würden weit öfter Verurtheilungen erfolgen; allein das Volk wird irre, wenn es hört, daß das Gesetzbuch [80]), nachdem es die vorsätzliche Verletzung der Ehre des Regenten mit Strafe bedroht, noch eine weitere Bestimmung aufnimmt: Wer sich Aeußerungen oder Handlungen erlaubt, welche zwar an sich nicht als Beleidigungen des Königs anzusehen sind, dennoch die demselben gebührende Ehrfurcht verletzen. Eine Majestätsbeleidigung, die nicht Beleidigung ist, leuchtet dem gesunden Verstande nicht ein [81]). Ebenso werden die Geschwornen irregeführt, wenn das Gesetz [82]) von ehrenverletzenden Aeußerungen über die Regierungshandlungen des Regenten spricht; die Geschwornen wissen mit solchen Sätzen nicht

79) Thüring. Entwurf §. 78.

80) Z. B. Preußischer Entwurf §. 101 u. 102.

81) Mit Recht daher die Schrift: Der Entwurf des preuß. Strafgesetzb. in Betreff polit. Verbr. Leipzig 1847. S. 20.

82) Z. B. Thüring. Entwurf §. 91.

die immer hervorgehobene Ansicht mit der Verantwortlichkeit der Minister zu vereinigen [83]).

Ad B) Ein weiser Gesetzgeber, wenn er sein Gesetzbuch so einrichten will, daß Geschworne die Schuldfrage gerecht entscheiden, wird vorzüglich auf ein Auskunftsmittel denken müssen, wie die bedenkliche Lage vermieden werden kann, in welcher die Geschwornen sich befinden, wenn sie befürchten müssen, daß die Folge ihres Wahrspruchs eine materiell ungerechte Strafe seyn wird. Wir wiederholen unsere obigen Bemerkungen, daß kein Gesetzgeber darüber in Selbsttäuschung seyn darf, daß den Geschwornen auch die gedrohte Strafe vorschwebt, daß da wo die neue Gesetzgebung selbst Fragen um das Daseyn von gewissen Milderungsgründen zu stellen giebt, sie auch anerkennt [84]), daß die Grade der Verschuldung bei einem Verbrechen höchst verschieden seyn können, und die Geschwornen, indem sie über die Schuldfrage urtheilen, auch über einen bestimmten Grad der Schuld entscheiden und dabei von selbst auch an die Strafe als Folge denken. Der Gesetzgeber erläßt gleichsam eine Reihe verschiedener Strafdrohungen nach verschiedenen Graden der Schuld bei einem Verbrechen; weil er aber nicht alle möglichen Grade im Gesetze vorherbestimmen kann, so wählt er den Ausweg, durch den Zusatz einer allgemeinen Ermächtigung für die Richter wegen Milderungsgründe, oder durch eine Bestimmung bei einzelnen Verbrechen, wegen Milderungsgründe, die Strafe

---

83) Wir werden unten bei der Prüfung der neuen Gesetzbücher auf die einfachste geeignete Fassung der Gesetze über Hochverrath und Majestätsbeleidigung kommen.

84) v. Scheuerl erl. Anmerkungen zur neuen baier. Strafprozeßordnung S. 106. Holzinger die Schwurgerichte in Würtemberg S. 250.

unter das Minimum herabsetzen zu lassen [85]). Die Gesetzgeber der neuesten Zeit scheinen darüber, in welchem Umfange über die Gründe der Herabsetzung der Strafe Geschworne oder Assisenrichter entscheiden sollen, nicht einig zu seyn. Daß über die sogenannten Strafminderungsgründe, die nur bei Ausmessung der Strafe zwischen Maximum und Minimum zur Anwendung kommen, die Richter und nicht Geschworne entscheiden sollen [86]), wird, wohl mit Recht, von allen Gesetzen anerkannt [87]), weil man sonst zu der sonderbarsten Fragestellung über die einzelnen Gründe kommen müßte, während der Richter nach dem Totaleindruck den Grad der Strafe leicht bestimmen kann. Ebenso ist anerkannt [88]), daß da, wo bei der Verhandlung sich Umstände ergeben, welche das Gesetz als Strafmilderungsgründe anerkennt, eine besondere Frage darauf zu richten ist. Dagegen ist es auffallend, wenn eine Gesetzgebung [89]), welche gestattet, daß bei dem Zusammentreffen besonders vieler und wichtiger Milderungsgründe die Strafe unter das Minimum zu setzen ist, verordnet [90]), daß die Richter darüber entscheiden sollen, ob dieser Milderungsgrund eintreten soll; oder wenn ein Gesetzbuch [91]), welches bei den einzelnen Verbrechen die Herabsetzung der

---

85) Die Gesetzgeber bezeichnen entweder einen bestimmten Milderungsgrund, oder sie fügen den Zusatz bei: in leichteren Fällen, oder bei mildernden Umständen. Das hannov. Gesetzbuch ist hier am reichsten an solchen Ermächtigungen. S. meine Schrift: die Strafgesetzgebung I. S. 95.

86) Geib Reform des Rechtslebens S. 146.

87) Baier. Gesetz v. 6. Nov. 1848. §. 176. Würtemberg. Gesetz §. 160. Braunschweig. Gesetz §. 140. Hannov. Str. Pr. O. §. 186.

88) Baier. Gesetz §. 178.

89) Z. B. das braunschweigische §. 62.

90) Braunschweig. Str. Pr. O. §. 140.

91) Z. B. die hannoversche Str. Pr. O. §. 186.

Strafe wegen mildernder Umstände gestattet, über die im Strafgesetze nicht besonders hervorgehobenen mildernden Umstände die Richter entscheiden läßt [92]). Eine solche Bestimmung widerspricht der Gerechtigkeit und der Klugheit. Die Schuld des Angeklagten hat verschiedene Grade, und das volksthümliche Element, das in dem Schwurgerichte thätig ist, würde am besten durch die Erwägung der Gesammtpersönlichkeit des Angeklagten und aller Umstände, unter denen er handelt, über den Umfang der Schuld urtheilen können. Weil der Gesetzgeber erkannte, daß er nicht alle besonderen Umstände, bei deren Daseyn die ordentliche Strafe auch in ihrem Minimum ungerecht seyn würde, im Gesetze hervorheben könnte, wählte er den Ausweg des Art. 62 des braunschweigischen Gesetzbuchs oder die Sprachweise des hannoverschen. Wenn das Gesetz nun über das Daseyn des besonders im Gesetze genannten Milderungsgrundes die Geschwornen urtheilen läßt, so ist es folgerichtig, sie auch über das Daseyn jenes Zustandes der Schuld urtheilen zu lassen, welcher gerechterweise einen geringeren Grad der Verschuldung begründet. Die Geschwornen, welche über die Hauptfrage über die Schuld entscheiden, können doch am besten auch über die Zustände entscheiden, welche den geringeren Schuldgrad begründen; weil ihnen die Handlung in allen ihren Einzelheiten vorschwebt. Auch die Klugheit gebietet, die Geschwornen hier entscheiden zu lassen, weil sie sonst in die Zwangslage versetzt werden, das Nichtschuldig gegen ihre Ueberzeugung auszusprechen oder durch den Ausspruch: Schuldig, ein von ihnen als ungerecht erkanntes Strafurtheil zu veranlassen. Die Kraft der Repression wird dadurch gewiß geschwächt. In Fällen, in welchen z. B. nach hannoverschem Gesetzbuche die Todesstrafe ge-

---

92) Dies sind die Worte des §. 186. der hannov. Str. Pr. O.

droht, und nur beigefügt ist [93]), daß bei mildernden Umständen Freiheitsstrafe eintreten kann, darf der Gesetzgeber nicht zweifelhaft seyn, daß die Geschwornen leicht sich verleiten lassen, daß Nichtschuldig auszusprechen, wo sie das Schuldig erkannt hätten, wenn sie den Zusatz: mit mildernden Umständen, hätten machen dürfen. Alle diese Rücksichten hängen mit der wichtigen Frage über das Verhältniß der Geschwornen zu den Richtern zusammen. Entscheidet man sich dafür, daß die Richter über das Daseyn von Milderungsgründen entscheiden sollen, so muß das ganze Strafgesetzbuch umgestaltet und müssen bei den einzelnen Verbrechen die Minima herabgesetzt werden. Es drängt sich aber auch die Frage auf: ob nicht im Gesetze bei vielen Verbrechen es des Zusatzes bedarf, welcher besondere Milderungsgründe bezeichnet, bei deren Daseyn die Strafe herabgesetzt werden darf. Wir wollen diese Frage näher prüfen. Der wichtigste Punkt ist der: auf welche Weise der Milderungsgrund der verminderten Zurechnung am besten in einem für Geschworne berechneten Gesetzbuche ausgedrückt werden soll. Die Verhandlungen der baierischen Ausschüsse sind darüber vorzüglich belehrend.

(Beschluß im nächsten Hefte.)

---

93) B. B. §. 189 bei Ueberschwemmung, u. §. 234 bei Kindesmord.

VI.

Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für die Thüringischen Staaten unter Berücksichtigung der bisherigen Sächsischen criminalgesetzlichen Bestimmungen.

Von
Herrn Geheimen Justizrath Dr. Groß
in Dresden *).

Es ist nicht gerade eine erfreuliche Erscheinung, daß zu einer Zeit, wo man eine nähere und innigere Verbindung der einzelnen deutschen Staaten unter einander durch gleiche Verfassung und gleiche Gesetzgebung einzuführen sich bestrebt, wo durch Publication eines allgemeinen deutschen Wechselrechts wenigstens ein bedeutender Schritt zur Wiederherstellung eines wahren, in das praktische Leben eingreifenden deutschen Rechts geschehen ist, wo im König-

*) Man weiß, welchen Antheil Hr. Groß an der Bearbeitung des Sächsischen Strafgesetzbuchs hatte; es ist daher vorzüglich wichtig, den Mann, welcher den Erfahrungen über das Sächs. Gesetzbuch genau folgte und nun den neuen Thüringischen Entwurf damit verglich, mit seinen Ansichten zu hören.

Anmerkung der Redaction.

reiche Sachsen die Staatsregierung bereits die nahe bevorstehende Revision des dort geltenden Criminalgesetzbuches angekündigt hat, dessen Grundsätze mit wenigen und nicht wesentlichen Abweichungen in die erst vor wenigen Jahren publicirten Strafgesetzbücher des Großherzogthums Sachsen-Weimar, der Herzogthümer Sachsen-Altenburg und Sachsen-Meiningen und des Fürstenthums Schwarzburg-Sondershausen aufgenommen worden sind, nunmehr die letztbenannten Staaten im Verein mit den übrigen Thüringischen Staaten sich ohne dringende Veranlassung einem auffallenden Particularismus hingeben, und ein besonderes Strafgesetzbuch für die Thüringischen Staaten zu Stande bringen wollen.

Gewiß wäre es von ihrer Seite zweckmäßiger gewesen, mit der Königlich Sächsischen Staatsregierung sich über einen gemeinschaftlichen Entwurf für die in den Strafgesetzbüchern zu treffenden Abänderungen zu vereinigen, wo es sodann nur der Ausarbeitung eines diese Abänderungen und Modificationen enthaltenden Gesetzes, nicht aber der Publication eines ganz neuen Gesetzbuches bedurft haben würde.

Hierdurch würde nicht nur die gewiß höchst wünschenswerthe Uebereinstimmung der Principien des Criminalrechts in denjenigen Sächsischen Staaten, welche das Königlich Sächsische Strafgesetzbuch in gewisser Maße recipirt haben, erhalten worden seyn, sondern auch eine große Ersparniß von Zeit und Kosten stattgefunden haben, da bei Vorlegung eines nur abändernden Gesetzes an die Ständeversammlungen derjenigen Staaten, welche bereits ein Criminalgesetzbuch besitzen, die Verhandlungen mit den Ständen sich auf diese Abänderungen beschränkt haben würden, die Vorlegung eines ganz neuen Gesetzbuchs aber vielleicht manchen Ständemitgliedern eine nicht unerwünschte Gelegenheit darbieten möchte, bereits festge-

stellte Principien anzugreifen und sich in allgemeinen strafrechtlichen Discussionen zu ergehen.

Uebrigens ist in dem Entwurfe des Strafgesetzbuchs ebensowenig als in dem gleichzeitig erschienenen einer Strafprozeßordnung eine Andeutung enthalten, welche einzelne Staaten unter der Gesammtbezeichnung, Thüringische Staaten, verstanden werden; es ist etwa wohl unstreitig anzunehmen, daß dazu diejenigen gehören, welche im Jahre 1848 in Weimar zu einem Congreß zusammentraten, mithin das Großherzogthum Sachsen-Weimar, die Herzogthümer Sachsen-Altenburg, Sachsen-Coburg-Gotha, Sachsen-Meiningen, die Fürstenthümer Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, und die Reußischen Fürstenthümer. Ebensowenig dürfte, obwohl auch hierüber aus den Entwürfen selbst Etwas nicht abzunehmen ist, zu bezweifeln seyn, daß diese Entwürfe nicht als eine freiwillige Privatarbeit anzusehen, sondern im Auftrage der betreffenden Regierungen gefertigt und bestimmt sind, den künftigen Ständeversammlungen der Thüringischen Staaten vorgelegt zu werden. Unter dieser Voraussetzung möge es anheimgestellt bleiben, ob bei künftigen Berathungen die nachstehenden Bemerkungen einige Beachtung zu finden verdienen.

Art. 2.

Die in den nur benannten Gesetzbüchern völlig gleiche Vorschrift, daß Inländer wegen aller im Inlande oder Auslande begangenen Verbrechen nach den Bestimmungen des Gesetzbuchs bestraft werden sollen, wobei lediglich im Altenburgischen Criminalgesetzbuche auf die Satz 72 des Grundgesetzbuches bestimmten Ausnahmen Beziehung genommen ist, hat im vorliegenden Entwurfe folgenden Zusatz erhalten:

„Nur wenn das im Ausland begangene Verbre„chen nach den Gesetzen des Auslandes mit keiner Strafe „bedroht ist, und nicht gegen das Inland, dessen „Staatsoberhaupt, dessen Behörden, oder dessen An„gehörige gerichtet war, soll Straflosigkeit eintreten."

Die hier entschiedene Frage war bereits bei Berathung des Criminalgesetzbuchs in den Sächsischen Kammern ein Gegenstand sehr lebhafter Discussion. Die Majorität der außerordentlichen Deputation der I. Kammer hatte sich zwar mit der Bestimmung des Entwurfs einverstanden erklärt, Ein Mitglied derselben sprach sich jedoch in einem dem erstatteten Bericht beigelegten Separat-Votum nicht nur gegen die Verfassung der bisherigen Praxis aus, bei dem im Auslande begangenen Verbrechen jederzeit die in Hinsicht darauf mildere Gesetzgebung eintreten zu lassen, sondern erwähnte auch ausdrücklich den Fall, wenn eine im Inlande verpönte Handlung im Auslande, wo sie begangen, gar nicht mit Strafe bedroht ist, wo es dann ungerecht seyn würde, eine an dem Orte, wo sie stattgefunden, erlaubte Handlung zu bestrafen, auch der diesseitige Staat gar kein Interesse dabei habe, eine solche Handlung zu ahnden, welche nur den auswärtigen Staat verletzen, und den diesseitigen Unterthanen nutzloser Weise ein Strafübel zugefügt werde, wodurch sie gegen die Unterthanen des Auslandes in Nachtheil versetzt würden, wobei beispielsweise auf die Verbrechen des Duells und Wuchers Beziehung genommen, und folgende Fassung des Artikels, in soweit er sich auf die erwähnte Frage bezog, in Vorschlag gebracht wurde: „Inländer, welche im Auslande „ein Verbrechen begehen, werden, falls sie vor hierlän„dischen Gerichten in Untersuchung kommen, nach den „Gesetzen des Orts der begangenen That gerichtet." Die I. Kammer nahm mit der Mehrheit einer Stimme diese

Fassung an, wogegen die II. Kammer gegen den Vorschlag ihrer Deputation der Bestimmung des Entwurfs beitrat. Da aber die erste Kammer bei der anderweiten Berathung bei dem gefaßten Beschlusse beharrte und die II. Kammer nunmehr sich ebenfalls damit einverstanden erklärte, so nahm die Staatsregierung den Art. 2 des Entwurfs mit in das unter dem 17. November 1837 an die Ständeversammlung erlassene Decret auf, worin in Gemäßheit des §. 94 der Verfassungsurkunde die Stände zur unbedingten Erklärung darüber aufgefordert wurden, ob sie das Criminalgesetzbuch mit den unveränderten Bestimmungen der im Decret benannten Artikel des Entwurfs annehmen wollten. In Beziehung auf den Art. 1 wurde deshalb sowohl in den dem Decrete beigegebenen Motiven, als bei der Verhandlung darüber in den Kammern Folgendes angeführt: „Der Staat könne nur diejenigen Strafen „zuerkennen und vollziehen lassen, welche er durch seine „eigene Gesetzgebung anerkannt hat, und insbesondere der „eigene Unterthan und Staat nicht nach fremden Gesetzen sich „richten, wogegen der von den Ständen aufgestellte Satz, „daß ein Verbrechen nach den Gesetzen desjenigen Landes „zu bestrafen, wo dasselbe begangen worden, schon um „deswillen nicht für richtig erachtet werden könne, weil „dann das Verbrechen blos als eine gegen die Gesetze des „Staats, wo es begangen worden, unternommene Hand„lung und blos in dieser Eigenschaft als strafbar betrachtet „werden müßte, solchenfalls aber das Strafrecht eines „andern Staats ganz in Zweifel gestellt würde, ferner „jener Satz consequent durchgeführt zur Folge hätte, daß „das ausländische Gesetz, auch in dem Falle, wenn es här„tere Bestimmungen enthielte, ja selbst das dort ange„drohte Strafübel zur Anwendung zu bringen wäre. „Praktisch ständen übrigens der von den Ständen bean„tragten Bestimmung noch die Bedenken entgegen, daß

„es oft sehr schwer halten werde, den Ort der begange-
„nen That an sich zu ermitteln, oder in Fällen, wenn zur
„Vollendung des Verbrechens ein gewisser Erfolg oder das
„Zusammentreffen mehrerer Handlungen und Thatsachen
„gehört, oder das Verbrechen ein fortgesetztes ist, mit
„Sicherheit zu bestimmen, wie denn auch oft sehr schwer
„halten, oder einen großen Zeitverlust verursachen werde,
„eine fremde Strafgesetzgebung in ihrem ganzen Umfange
„und allen ihren einzelnen Bestimmungen genau kennen
„zu lernen. Auch trete der Staatsbürger durch einen
„temporären Aufenthalt außerhalb Landes nicht aus dem
„Staatsverbande, und höre nicht auf den Gesetzen seines
„Landes unterworfen zu seyn, weßhalb denn auch fast
„alle neuere Gesetzgebungen in diesem Punkte mit dem Säch-
„sischen Entwurfe übereinstimmten, wie z. B. das Preußi-
„sche Landrecht, das Baierische und Oldenburgische Gesetz-
„buch, und die Entwürfe dazu von Würtemberg, Nor-
„wegen und Hannover"; und es erfolgte hierauf die An-
nahme des Gesetzbuchs mit den angegebenen Bestimmun-
gen von Seiten beider Kammern. Welche Motive der
Verfasser des vorliegenden Entwurfs bei der Aufnahme des
obengedachten Zusatzes geleitet haben, ist bei der unter-
bliebenen Veröffentlichung derselben nicht zu ersehen; doch
ist nicht zu verschweigen, daß in den Criminalgesetzbüchern
von Würtemberg vom Jahre 1834, Hannover vom Jahre
1840 und dem Großherzogthum Hessen vom Jahre 1841,
und zwar überall auf ständischen Antrag dieselbe Bestim-
mung aufgenommen worden ist. Die Bestimmung selbst
wird freilich nur höchst selten zur Anwendung kommen,
doch dürften die dabei möglichen praktischen Schwierigkei-
ten nicht zu verkennen seyn, und vorzüglich dann hervor-
treten, wenn, was unter den jetzigen Zeitverhältnissen
nicht gerade unmöglich, das Verbrechen in einem Lande,
wo gar keine Strafgesetze existiren, z. B. bei dem Aufent-

halte von Missionären unter ganz rohen Völkerschaften begangen wurde.

Art. 3.

enthält ebenfalls eine bedeutende Abänderung des in den früheren Gesetzbüchern mit Ausnahme des Sondershausischen gleichlautenden Art. 3, in dem nach dem angefügten Schlußsatz alle Verbrechen, welche ein Ausländer im Inlande begangen hat, von den inländischen Gerichten nur dann zur Untersuchung und Bestrafung zu ziehen sind, wenn sie gegen das Inland, dessen Staatsoberhaupt, dessen Behörden oder einen Inländer gerichtet waren, statt daß nach den erwähnten Gesetzbüchern die Entscheidung darüber, ob wegen derjenigen Verbrechen, bei welchen die Verhältnisse nicht stattfinden, eine Untersuchung anzustellen ist, der höchsten Justizbehörde vorbehalten wird. Die jetzt im Thüringischen Entwurf geltend gemachte Ansicht wurde schon bei der Berathung des Sächsischen Criminalgesetzbuchs in dem Bericht der außerordentlichen Deputation der II. Kammer vertheidigt, jedoch bei der Abstimmung von der Majorität der Kammer verworfen, weil durch die Anerkennung dieser Ansicht immer noch nicht das Recht und, in Beziehung auf die zu wünschende Reciprocität, gewissermaßen auch die Verpflichtung der Staatsregierung aufgehoben ist, auch ohne besonderen Staatsvertrag der requirirenden ausländischen Behörde den Verbrecher auszuliefern, in einem solchen Falle aber der Ausländer, zumal wenn er nach Verübung des Verbrechens vielleicht das Bürgerrecht eines andern Staates oder auch das inländische Bürgerrecht erlangt haben sollte, sehr oft in eine schlimmere Lage als bei einer Untersuchung im Inlande versetzt werden könnte, wie sich denn vor ungefähr zwanzig Jahren der Fall ereignete, daß ein von den ausländischen Behörden requirirter Ausländer bei erfolgter

Auslieferung, für deren Verweigerung eigentlich ein Grund nicht vorlag, die Todesstrafe erlitten haben würde, während bei der Untersuchung von dem inländischen Gericht nur eine verhältnißmäßig geringe Strafe gegen ihn erkannt wurde. Auch dürfte einem etwaigen Mißbrauche der Bestimmung der Sächsischen Gesetzbücher durch die zu erfordernde höhere Genehmigung genugsam vorgebeugt seyn. Die im Sondershausischen Strafgesetzbuche erfolgte Ausdehnung der zu erfordernden höheren Genehmigung auch auf die Fälle, wo das Verbrechen des Ausländers im Auslande gegen den inländischen Staat oder dessen Angehörige begangen worden, für welche Abweichung Busch in seiner Schrift, die neuen Criminalgesetzbücher ꝛc. S. 30 die Gründe angiebt, scheint doch bei dem einmal anerkannten Princip die Selbstständigkeit des Untersuchungsrichters etwas zu sehr zu beschränken, da wohl schwerlich ein Fall eintreten kann, wo es nicht zweckmäßig seyn würde, die Untersuchung vor dem inländischen Gericht zu führen.

Art. 9.

Hier sind die in dem correspondirenden Artikel der Sächsischen Gesetzbücher angegebenen Folgen, der Zuchthausstrafe, aufgenommen, jedoch mit Hinweglassung des Verlusts aller politischen Ehrenrechte, in welcher Beziehung im Eingange des Artikeils ein Satz aufgestellt ist, worin wegen des Einflusses der Freiheitsstrafen auf den Verlust oder die Beschränkung staatsbürgerlicher Rechte, insbesondere der Wahlfähigkeit bei Landtagen, der Fähigkeit zum Gemeindebürgerwohl oder dem Amte eines Geschwornen und dergleichen, auf die hierüber bestehenden oder noch zu erlassenden gesetzlichen Vorschriften verwiesen wird. Für nothwendig dürfte die Aufnahme dieses Satzes wohl kaum gehalten werden.

Hiernächst sind die im Sächsischen und Weimarischen Gesetzbuche enthaltenen Worte „wirklich erlittener Zuchthausstrafe" nach dem Beispiel des Altenburgischen, Meiningischen und Sondershausischen Gesetzbuchs vertauscht worden mit den Worten „rechtskräftig zuerkannte Zuchthausstrafe." Ob nun wohl Busch in der angezogenen Schrift S. 40 zu Rechtfertigung dieser Abänderung anführt, daß nicht sowohl die erlittene Strafe, sondern vielmehr die aus dem Verbrechen hervorleuchtende Niedrigkeit und Verworfenheit der Gesinnung den fernern Makel des Thäters bedinge, so ist dagegen zu erinnern, daß man bei Abfassung des Sächsischen Gesetzbuchs die möglichen Fälle vor Augen hatte, ungeachtet der gesetzlich zu erkennenden Zuchthausstrafe dem Thäter eine solche Niedrigkeit und Verworfenheit der Gesinnung nicht beizumessen, und deßhalb der landesherrlichen Begnadigung das Recht nicht entziehen wollte, auch diesen Makel hinwegzunehmen. Diese Befugniß gestehen aber auch die oben erwähnten Gesetzbücher der Begnadigung zu, indem in allen darin die Bestimmung beigefügt ist, daß die staatsbürgerlichen Rechte durch Begnadigung wieder hergestellt werden können.

Im Entwurfe ist eine solche Bestimmung nicht enthalten, und es scheint also hierbei die Wirkung der Begnadigung ausgeschlossen zu bleiben. Ferner ist den öffentlichen Functionen, deren Ausübung durch erkannte Zuchthausstrafe wegfällt, im Einklange mit dem Altenburgischen und Sondershausischen Gesetzbuche auch die ärztliche Praxis beigezählt. Es möchte doch bezweifelt werden, ob hierzu eine Nothwendigkeit vorhanden ist, da hier ganz andere Interessen vorwalten, als bei den übrigen in den Gesetzbüchern aufgeführten öffentlichen Functionen.

Der in keinem der bisher publicirten Gesetzbücher enthaltene, auf die Folgen anderer Freiheitsstrafen sich beziehende Schlußsatz, worin ebenfalls auf die bestehenden oder zu erlassenden gesetzlichen Vorschriften verwiesen wird, ist vielleicht mit Rücksicht auf die Bemerkung von Busch a. a. O. S. 41 hinzugefügt worden, daß es zweckmäßig gewesen seyn würde, für die bisher unbekannte Strafe des Arbeitshauses gewisse Folgen festzusetzen.

Es ist deshalb auf die Motive des Sächsischen Entwurfs Beziehung zu nehmen, worin gesagt ist, daß bei dem Arbeitshause als mittleren Grad der Freiheitsstrafe die Zwangsarbeit und strenge Disciplin des Zuchthauses ohne dessen beschimpfende Auszeichnungen statt finden sollen, aus welchem Grunde auf eine besondere Folge erlittener Arbeitshausstrafe in Beziehung auf die bürgerlichen Verhältnisse nicht ausgesprochen ist, obwohl dadurch die Bestimmungen der Städte-Ordnung, des Wahlgesetzes und des Gesetzes über die Verhältnisse der Civilstaatsdiener hinsichtlich der Folgen sich zu Schulden gebrachten Verbrechen und Vergehungen keineswegs aufgehoben werden sollen. In Hinsicht auf die bestehenden Gesetze ist also wenigstens in Sachsen der von Busch angeführte Fall nicht zu fürchten, daß ein mit Arbeitshausstrafe belegter Staatsdiener seines Amtes nicht entsetzt werden könne; ob in den übrigen Staaten nach der bestehenden Gesetzgebung ein solcher Fall möglich, vermag ich nicht zu beurtheilen.

Art. 12.

In diesem Artikel sind die in den Sächsischen Gesetzbüchern Art. 8 u. 12 gegebenen Vorschriften über die Schärfungen der Freiheitsstrafen zusammmengestellt, jedoch mit bedeutenden Abänderungen. So soll

1) der Dunkelarrest, welcher nach dem Sächsischen Gesetzbuche sowie dem Weimarischen auf eine Zeit von Zwanzig bis Dreißig Tagen ununterbrochen nach einander zu vollstrecken ist, nur dergestalt verbüßt werden, daß nach jedem vierten Tage des Dunkelarrests ein achttägiger Zwischenraum gelassen und erst nach dessen Ablauf mit dem Dunkelarrest fortgefahren werde. Der sehr gerechte Vorwurf, den Mittermaier im Archiv für Criminalrecht, Jahrg. 1838, S. 333, dem Sächsischen Gesetzbuche macht, daß es unbegreiflich sey, wie dasselbe den Dunkelarrest in dieser Art habe vorschreiben können, trifft wenigstens die Staatsregierung in geringerem Maße, indem in dem den Ständen vorgelegten Entwurfe diese Schärfungsart gar nicht aufgenommen, auch in dem von der Deputation der I. Kammer erstatteten Bericht nicht erwähnt war, und nur die Deputation der II. Kammer in ihrem Bericht dieselbe beantragte. Bei den ständischen Berathungen machten die Regierungs-Commissarien unter Beziehung auf gemachte Erfahrungen und ein Gutachten der Hof- und Medicinalräthe fortwährend die Bedenken gegen den Dunkelarrest geltend; demungeachtet wurde er in der im Gesetzbuche ausgesprochenen Dauer in der I. Kammer zwar nicht als Schärfungsart, wohl aber als nothwendiger Zusatz bei Vollziehung der Zuchthausstrafe ersten Grades, in der II. Kammer aber unter Verwerfung dieser letztern Bestimmung als Schärfungsart beider Grade der Zuchthausstrafe angenommen; und nach gehaltener Vereinigungsdeputation kamen beide Kammern wegen Annahme des Dunkelarrests sowohl als Zusatz zu der Zuchthausstrafe ersten Grades, ferner als Schärfungsart für die Zuchthausstrafe überhaupt überein. Die Staatsregierung unterließ auch, sich bestimmt gegen den des-

halb gestellten Antrag zu erklären, da es immer in der Hand der Verwaltungsbehörden liegt, bei Anwendung des Dunkelarrests nach dem Gutachten der bei den Zuchthäusern angestellten Aerzte die möglichste Vorsicht eintreten zu lassen. Die Vorschriften des Entwurfs erscheinen daher sehr zweckmäßig, zumal da die Schärfung des Dunkelarrests nicht wie in den Sächsischen Gesetzbüchern auf die Zuchthausstrafe beschränkt, sondern auf alle Arten der Freiheitsstrafen ausgedehnt ist, wo, namentlich bei den in den Gefängnissen der Einzelrichter zu verbüßenden Gefängnißstrafen, den Verhältnissen nach eine weniger sorgfältige Ueberwachung der Anwendung statt findet. Auch wird

2) das harte Lager, nicht wie nach den Sächsischen Gesetzbüchern nur jeden dritten Tag, sondern nach Verbüßung von zwei Tagen jedesmal drei Tage lang ausgesetzt; und ebenso findet

3) die Entziehung warmer Kost nicht zwei Tage nach einander, sondern nur jeden dritten Tag statt. Da dem Entwurfe keine Motive beigegeben sind, so ist nicht zu erfahren, ob die mildere Anwendung der angenommenen Schärfungsarten auf gemachten Beobachtungen und ärztlichen Gutachten beruht.

Die in den Sächsischen Gesetzbüchern noch außerdem erwähnte Schärfung durch körperliche Züchtigung ist weggefallen.

Art. 17.

Die Bestimmungen des Art. 16 der Sächsischen Gesetzbücher hierüber sind hier wörtlich aufgenommen, nur mit dem Zusatze, daß ein Verweis nicht nur da statt findet, wo das Gesetz desselben ausdrücklich als Strafe gedenkt (was nach Art. 307 nur bei dem Vergehen der

Vernachlässigung der Amtspflicht der Fall ist), sondern auch da, wo Gefängnißstrafe oder Geldstrafe ohne Beschränkung im niedrigsten Strafsatz angedroht sind. Der letzte Satz dürfte als nothwendige Bedingung vorausgesetzt, doch nicht unbedenklich seyn, da sich insbesondere in Beziehung auf ungleiche Theilnahme und Begünstigung wohl manche Fälle denken lassen, wo auch bei einem für das Hauptverbrechen beschränkten Minimum der Strafe wegen der Geringfügigkeit der Theilnahme oder der hinzutretenden Milderungsgründe nur ein Verweis angemessen erscheint.

Art. 19. 20.

In diesen Artikeln sind ebenfalls in Abweichung von den Sächsischen Strafgesetzbüchern als besondere Strafarten die Stellung unter polizeiliche Aufsicht und an deren Statt bei Ausländern die Ausweisung aufgeführt, welche bisher wenigstens in Sachsen als vorbeugende Sicherheitsmaßregeln den Polizeibehörden überlassen blieben. Aus diesem Grunde hatte auch die Sächsische Ständeversammlung, welcher der Entwurf des Criminalgesetzbuchs zur Berathung vorgelegt wurde, und wo die Frage über die Ausweisung verbrecherischer Ausländer ebenfalls zur Sprache gekommen war, in der eingereichten ständischen Schrift sich dahin ausgesprochen, „daß „man anfangs in der Reihe der Strafen die in den „meisten Gesetzgebungen für ausländische Verbrecher angedrohte Ausweisung aus dem Staatsgebiete, welche „gleichwohl schon des Reciprocums wegen unentbehrlich „scheine, vermißt habe, sich jedoch eines desfallsigen Antrags enthalte, weil man Seitens der Königl. Commissarien „die Zusicherung erhalten habe, daß diese Maßregel nicht „ausgeschlossen seyn solle." (Länd. Art. v. J. 18³⁶/₃₇,

Abth. 1, Bd. III. 8, 543.) In Folge dieser Ansicht werden auch dergleichen Ausgewiesene bei einer gegen das Verbot erfolgten Rückkehr, in sofern sie nicht zugleich eines andern Verbrechens sich schuldig gemacht haben, nicht in eine Strafanstalt, sondern als Vagabunden in eine polizeiliche Correctionsanstalt gebracht. Die im Thüringischen Entwurfe nunmehr erfolgte Verweisung bei den Maßregeln an die Justizbehörden, um hiedurch förmliche Erkenntnisse anzuordnen, mag wohl ihre Veranlassung in der jetzt häufig sich geltend machenden Ansicht über die Nothwendigkeit gefunden haben, die Gewalt der Polizei möglichst zu beschränken. Was nun die Ausweisung anlangt, so wird es ziemlich gleichgültig seyn, von welcher Behörde diese Maßregel ausgeht, dagegen mag die Stellung unter polizeiliche Aufsicht in vielen Fällen freilich unbedingt nothwendig seyn; nicht seltener ist sie aber auch das wirksamste Hinderniß für die Rückkehr des entlassenen Sträflings auf den Weg der Besserung und eines ordentlichen Lebens, da durch die damit verbundenen Beschränkungen der Freiheit und die stete polizeiliche Beaufsichtigung, welche, wenn sie nicht mit großer Humanität und Umsicht ausgeübt wird, nicht nur dem Sträfling selbst, sondern auch dessen Umgebungen lästig und unangenehm werden muß, sehr oft Arbeitgeber und Dienstherren so wie Hausbesitzer abgehalten werden, sich entlassener Sträflinge anzunehmen und deren Aufnahme und Beschäftigung sich zu unterziehen, weßhalb dieselben immer wieder in den verderblichen Kreis ihrer verbrecherischen Genossen zurückgestoßen werden *).

---

*) Wir machen jeden mit Gesetzgebungsarbeiten Beschäftigten auf die eben erschienene Schrift eines französischen Praktikers, Chatagnier (der Verfasser ist Untersuchungsrichter) du

In dieser Hinsicht ist, — selbst noch abgesehen davon, daß durch die der ordentlichen Strafe beigefügte Stellung unter polizeiliche Aufsicht von der Criminalbehörde eine härtere als die im Gesetz angedrohte Strafe erkannt wird, zumal da bei der Relativität der Strafen schon bei deren Abmessung die erschwerenden Umstände erwogen und berücksichtigt werden, — die von der Polizeibehörde verfügte Stellung unter Aufsicht angemessener, da es sodann in deren Hand liegt, dieselbe nach den eintretenden Umständen zu beschränken oder auch ganz aufzuheben, wogegen die einmal im Criminalurtheile erkannte, welche sich auf die Dauer von Fünf Jahren erstrecken kann, unabänderlich bleibt.

Art. 23. 24.

In diesen beiden Artikeln sind bedeutende Abänderungen getroffen, welche sich im Art. 26 der Sächsischen Gesetzbücher vereinigt finden. Erstens sind von den 4 dort angegebenen Fällen des Versuchs nur die unter 1, 2 und 4 erwähnt, statt des unter 3 aber, „wenn „der Verbrecher zu der Ausführung des von ihm beab„sichtigten Verbrechens irriger Weise oder aus Mangel „an Einsicht ein völlig untaugliches Mittel gewählt „hat", folgender Satz substituirt, „wenn er zur Aus„führung des beabsichtigten Verbrechens ein taugliches „Mittel anzuwenden glaubte, statt dessen aber aus Irr„thum, Verwechslung oder sonst durch Zufall ein un„taugliches Mittel angewendet hat", und am Schlusse

---

Renvoi sous la surveillance de la haute police, Paris 1849, aufmerksam, wo der Verfasser die nachtheiligen Folgen dieser Maaßregel aus Erfahrung schildert.

Anmerkung der Redaction.

noch hinzugefügt, „daß kein strafbarer Versuch vorhan-
„den, wenn aus Unverstand oder abergläubischem Wahn
„ein unter allen Umständen untaugliches Mittel angewen-
„det wurde", und es ist sonach die bekannte Contro-
verse, ob ein Versuch mit völlig untauglichen Mitteln
zu bestrafen sey, gegen die Ansicht der Sächsischen Ge-
setzgebung entschieden. Es stimmt hierin der Entwurf
mit mehreren neueren deutschen Gesetzbüchern, nament-
lich mit dem Hannöverschen Strafgesetzbuche vom Jahre
1840. Art. 34, und dem Großherz. Hessischen vom Jahre
1841. Art. 67, überein, wo ausdrücklich die auf Aus-
führung eines Verbrechens für straflos erklärt werden,
wenn sie in solchen durchaus unwirksamen Handlungen
bestanden, welchen aus Aberglauben eine übernatürliche
Wirkung beigelegt ward, sowie mit dem Würtembergi-
schen Strafgesetzbuche vom Jahre 1839. Art. 72, wo
nur des Falles gedacht ist, wenn der Thäter aus Irr-
thum oder Verwechslung ein untaugliches Mittel ge-
braucht hat, während er ein an sich taugliches anzu-
wenden glaubte. Ich muß aber doch bekennen, daß es
meinem Rechtsgefühl einigermaßen widerstrebt, Hand-
lungen für völlig straflos zu erklären, wie sie mir aus
der Dicasterialpraxis erinnerlich sind, wo z. B. eine Ehe-
frau längere Zeit hindurch den Versuch fortgesetzt hatte,
ihren Ehemann durch Hersagung eines gewissen Psalms
zu bestimmten Zeiten und unter besonderen Förmlichkei-
ten todt zu beten, und eine andere einen im Rufe eines
Schwarzkünstlers stehenden Jäger wiederholt mit Bit-
ten und Geschenken bestürmt hatte, ihren Ehemann durch
Anwendung seiner Kunst zu tödten; welche Ansicht auch
von den Sächsischen Kammern bei der Berathung des
Criminalgesetzbuchs getheilt wurde.

Sodann ist in dem Sächsischen Entwurfe nur im Allgemeinen der Satz aufgestellt, daß bei einem versuchten Verbrechen eine verhältnißmäßigere geringere Strafe als die auf die vollendete verbrecherische That gesetzte eintritt, und lediglich das Maximum dieser verhältnißmäßig geringern Strafe festgesetzt, um bei der unendlichen Verschiedenheit der einzelnen Fälle rücksichtlich des Grades, bis zu welchem der Versuch gesteigert worden, und der dabei gezeigten Böswilligkeit und Gefährlichkeit des Verbrechens dem erkennenden Richter die möglichste Freiheit zu gewähren, die Strafe nach den concreten Verhältnissen zu bemessen, wobei auch wenigstens nach dem Altenburgischen, Meiningischen und Sondershausischen Gesetzbuche unzweifelhaft ein Herabgehen in eine niedrigere Strafart nicht ausgeschlossen ist. Dagegen ist im Art. 24 des Entwurfs festgestellt:

1) der allgemeine Satz der niedrigern Bestrafung;

2) in den Fällen des Art. 23 unter 1, 2 und 3 ein Minimum von Sechs Jahren Zuchthaus bei der dem vollendeten Verbrechen angedrohten lebenslänglichen Zuchthausstrafe, und von dem vierten Theile einer auf das Verbrechen gesetzten niedrigern Strafe;

3) in dem Falle des Art. 23 unter 4 ein Maximum von Zehn Jahren Zuchthaus bei lebenslänglicher Zuchthausstrafe, und von der Hälfte der Strafe bei niedrigern Strafen;

4) die Bestimmung, daß, wenn sich die Strafe eines vollendeten Verbrechens nach der Größe der bewirkten Verletzung oder Beschädigung oder nach dem Werthe des Gegenstandes richtet, und in dieser Beziehung eine bestimmte Absicht des Verbrechens nicht vorliegt, der Rich-

ter von dem vierten Theile des höchsten gesetzlichen Strafmaßes für den höchsten Grad des vollendeten Verbrechens abwärts die Strafe festzusetzen habe;

5) die Ermächtigung für den Richter, innerhalb der für die Strafbarkeit des Versuchs bestehenden Grenzen auf eine geringere Strafart herabzugehen, unter Berücksichtigung des wechselseitigen Verhältnisses der Freiheitsstrafen.

Die in dem letztern Satze gesperrt gedruckten Worte sind nur in diesem Zusammenhange nicht ganz klar; sollen sie die Vorschrift enthalten, daß der erkennende Richter von dem in den vorhergehenden Sätzen für einzelne Fälle bestimmten Maximum und Minimum nicht abweichen dürfe, so wäre ihre Beifügung wohl überflüssig. Wenn hiernächst zu Folge der Beziehung auf die verschiedene Gattung der Freiheitsstrafen dem Richter gestattet seyn sollte, die in den niedern Grad verwandelte Freiheitsstrafe in der Dauer nach der Gattung zu erhöhen und deshalb z. B. statt Eines Jahres Zuchthaus auf Zwei Jahre Arbeitshaus zu erkennen, so würden alle die Inconvenienzen eintreten, welche im Königreiche Sachsen zu der Erlassung des Gesetzes vom 30. Juli 1846 (Meine Bemerkungen zu diesem Gesetz im neuesten Heft der neuern Jahrbücher für Sächsisches Strafrecht) Veranlassung gegeben haben, da wohl in den Thüringischen Staaten etwa sowie in Sachsen die Bestraften in der Regel vielmehr Gewicht auf die Dauer als auf das Maß der Freiheitsstrafe legen. Uebrigens möchte der Entwurf durch die in diesen Artikel gebrachte Casuistik gerade keinen Vorzug vor den Sächsischen Gesetzbüchern gewonnen haben.

Art. 26.

In diesem Artikel hat der Entwurf die bei Berathung des Sächsischen Entwurfs von der Deputation der II. Kammer sehr bestrittene, auch in mehreren Abtheilungen der Sächsischen Gesetzbücher, namentlich von Abegg in den Beiträgen zur Kritik des Sächsischen Entwurfs 8, 21, und von Busch in der Schrift: die neuen Criminalgesetzbücher 8, 67, gemißbilligte Bestimmung derselben (Art. 28) verlassen, daß ein Verbrecher, welcher von einem begonnenen verbrecherischen Unternehmen, ohne durch äußere Umstände gehindert zu seyn, freiwillig wieder absteht, höchstens mit einjähriger Arbeitshausstrafe zu belegen, und für diesen Fall, freilich in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Gesetzbüchern, z. B. dem Würtembergischen v. J. 1839. Art. 73, dem Hannöverschen v. J. 1840. Art. 34 unter 3, dem Großh. Hessischen v. Jahr 1841. Art. 69, völlige Straflosigkeit des Verbrechens ausgesprochen. Es ist nicht zu läugnen, daß dieser Grundsatz anscheinend viel für sich hat, zumal wenn man dabei den Art. 63 des Sächsischen und Weimarischen Criminal-Gesetzbuchs berücksichtigt, in welchem bei Vergehen gegen das Eigenthum im Fall völlig freiwilliger Entschädigung des Verletzten ebenfalls Straflosigkeit anerkannt ist; allein bei der praktischen Anwendung wird es immer sehr schwierig seyn, zu erkennen, ob der Verbrecher wirklich freiwillig von der Vollendung des verbrecherischen Unternehmens abgestanden ist, und die Angeschuldigten sowie deren Vertheidiger werden nicht selten Gelegenheit finden, sich in dergleichen Fällen, wo die Vollendung des Verbrechens durch äußere Umstände verhindert worden ist, auf ein freiwilliges Zurücktreten zu beziehen. Man nehme nur den Fall einer beabsichtig-

tigten Münzfälschung an, wo bei einer Aussuchung Schmelztiegel, Gießlöffel, zum Schmelzen geeignetes Metall und Thonformen mit dem Abdruck einer Münze, jedoch alles noch ungebraucht vorgefunden worden: wie wird man entscheiden können, ob die Versicherung des Verbrechers, daß er zwar die Absicht, falsche Münzen zu verfertigen gehabt, auch die gefundenen Vorrichtungen dazu vorbereitet, jedoch die Absicht wieder aufgegeben und die Materialien ungebraucht liegen gelassen habe, wahr sey oder nicht? Es dürfte doch wohl angemessener seyn, für solche im Ganzen doch nur seltene Fälle nach den besonderen Umständen den Weg zu deren Begnadigung offen zu lassen.

Im Gegensatz zu der ausgesprochenen Straflosigkeit ist am Schlusse des Artikels eine Bestimmung in Beziehung auf den, in andern Gesetzbüchern nicht besonders erwähnten Fall beigefügt, wo der Thäter das Verbrechen dadurch freiwillig wieder aufgegeben, daß er selbst das Eintreten des zur Vollendung des Verbrechens gehörigen Erfolgs abgewendet hat. Hier soll nur eine Minderung der Strafe eintreten und der Verbrecher nach den für den Fall der Art. 23 unter 4 aufgestellten Regeln bestraft werden. Man scheint hierbei vorzüglich das Verbrechen der Brandstiftung vor Augen gehabt zu haben, allein es möchte doch kein so wesentlicher Unterschied darin liegen, ob der Thäter in dem Augenblick, wo er in Begriff steht, die Brandmaterialien in das Strohdach der Scheune, welche er anzünden will, zu legen, den verbrecherischen Entschluß wieder aufgiebt und die Einlegung unterläßt, oder ob ihn die Reue nach der Anlegung ergreift, und er den Brand der bereits entzün-

deten Strohschober erstickt, um in dem einen Falle völlige Straflosigkeit, in dem andern eine Strafe, welche bis zu der Hälfte der dem vollendeten Verbrechen angedrohten steigen kann, eintreten zu lassen. Im letztern sprechen die häufig eingeführten criminal-politischen Gründe gewiß eben so sehr für Straflosigkeit.

(Beschluß im nächsten Hefte.)

Gebauersche Buchdruckerei in Halle.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,
F. C. Th. Hepp
in Tübingen,
J. M. F. Birnbaum
in Gießen,
C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,
A. W. Heffter
in Berlin,
H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1850.
Zweites Stück.

Halle,
C. A. Schwetschke und Sohn.
1850.



Inhalt.



Archiv
des
Criminalrechts
Neue Folge.
Jahrgang 1850. Zweites Stück.

VII.

Die Strafrechtswissenschaft
und die Anforderungen
an eine neue Strafgesetzgebung.

Von

Abegg.

(Beschluß von Nr. III. im vorigen Hefte.)

Für das Verbrechen überhaupt, den allgemeinen Thatbestand, wobei man die gangbare Unterscheidung des objectiven und subjectiven als der beiden in der Einheit der Handlung des Individuums liegenden, einander gegenseitig bedingenden Momente erwähnen kann, haben wir also Grundsätze und Bestimmungen, welche keiner Aenderung unterworfen seyn können. Die praktische Frage ist aber, welche Handlungen nun nach unsern sittlichen, rechtlichen und politisch-socialen Verhältnissen strafwürdig und als Verbrechen strafbar seyen? Nicht als ob dies überhaupt nur eine relative nach der Wandelbarkeit der Verhältnisse

und Voraussetzungen verschiedentlich ausfallende Bestimmung wäre — davon ist schon gelegentlich die Rede gewesen; denn es kann nicht das ganze Gebiet des Strafbaren nur durch äußere Rücksichten bezeichnet werden. Es giebt, sowie wesentliche und überall anzuerkennende Rechte und sittliche Existenzen, die eine rechtliche Seite darbieten und hiernach Gegenstand des verbrecherischen Angriffes sind, so auch Verbrechen, die dies überall und unter allen Umständen, unabhängig von besondern Rücksichten sind, sobald einmal ein gewisser Standpunkt der Rechtsbildung erreicht worden ist. Nur darauf kann sich nach jenen wechselnden Voraussetzungen die Verschiedenheit der Auffassung beziehen, ob solche Verbrechen in höherm oder geringerm Grade strafbar seyen. Dies liegt außerhalb der uns jetzt beschäftigenden Erörterung. Aber es giebt allerdings auch Handlungen, deren Unverträglichkeit mit dem Rechtszustande, erst durch die Beschaffenheit dieses letztern und dessen, worauf er thatsächlich hier und jetzt beruht, sich ergiebt, die man im eigentlichsten Sinn delicta juris civilis nennen und zu dem jus proprium civitatis rechnen kann. Die Geschichte des Strafrechts und der Strafgesetzgebung lehrt uns, welche Verschiedenheit der keineswegs willkührlichen, sondern durch die gegebenen Grundlagen und die Zustände des Staats wie durch die Volksthümlichkeit bestimmten Vorschriften hier obwaltet, sowohl in Betreff der Frage, welche Handlungen Verbrechen, als der weitern, welche Stelle denselben in der Stufenreihe der die Gegenwirkung des verletzten Gesetzes fordernden Uebelthaten anzuweisen sey. Es unterliegt also keinem Zweifel, daß, wenn die Strafgesetzgebung als der zeitgemäße Ausdruck des allgemeinen Rechtsbewußtseyns sich bekunden soll, dieselbe nach gegebenen Verhältnissen ihren Umfang und den Inhalt der verbrecherischen Handlungen näher be-

stimmen müsse. Aber dann wird doch immer ein im Ganzen beschränkter Theil derselben von der Art seyn, daß er in den verschiedenen Lebensperioden eines Staats und Volks wesentlich in den Grundlagen und nicht etwa blos in den Straffatzungen abweichen sollte. Freilich wird hier ein Punkt berührt, wo der Streit am lebhaftesten ist, und nicht blos in wissenschaftlichen Erörterungen, sondern in gesetzgebenden Versammlungen geführt werden wird. Eine Verständigung mit denen zu erreichen, von welchen oben die Rede gewesen, denen die Sittlichkeit und die Gerechtigkeit nicht die Grundlagen, nicht das Ziel sind, darf nicht gehofft werden. Der Widerspruch beginnt nicht erst hier, er müßte zurückgeführt werden auf die Principien des Rechts und zum Theil der Politik, wo eine Uebereinstimmung mit jenen nicht statt findet: sie wäre allenfalls möglich, wenn nicht jener Widerspruch und die Absicht eines solchen eben das Charakteristische einer Partei wäre, die freilich in der Wissenschaft keine Stimme hat, und auch außerhalb derselben nicht mit Erfolg haben sollte. Da muß denn auf die Einigung Verzicht geleistet und der Kampf, wo er nöthig ist, übernommen werden. Aber man darf hoffen mit denen zum Verständniß zu gelangen, welche — ungeachtet der Verschiedenheit der Ansichten, der politischen Standpunkte und der aus ihren eigenthümlichen oder mit uns gemeinsamen Vordersätzen gezogenen Folgerungen — doch darin gleich denken, daß sie das Gerechte, in richtiger Anwendung auf unsere Zustände, auch in dem Gebiet, mit welchem wir uns hier beschäftigen, zur Anerkennung gebracht wissen wollen.

Ich muß nochmals erinnern, daß hier nur die Frage vorliegt, welche Handlungen Verbrechen (im weitern Sinn die Vergehen, Uebertretungen ꝛc. mit inbegriffen) und wie diese bei der bevorstehenden Codification zu bestim-

men seyen? Denn wenn wir hier schon die Fragen mit aufnehmen wollten, die sich auf die Strafen 2c. beziehen, so würde allerdings der behauptete Gegensatz zu der frühern Zeit größer erscheinen. Ich glaube nun zunächst, daß man wohl thun werde, den Umfang der Strafgesetzgebung nicht zu weit zu ziehen, und im Verhältniß namentlich zu dem gemeinen Recht die Zahl der Strafverbote auf das gerechte Maaß zu beschränken, während freilich es eine Folge der größern Bildung und der geselligen Zustände selbst ist, daß sich innerhalb des Gattungsbegriffes eines Verbrechens eine reichere Gliederung ergiebt. Ohnehin verlangt unsere Zeit, wie bereits erinnert, genauere Strafbestimmungen und ist der analogen Anwendung nicht günstig. Hiernach wird es unbestritten seyn, daß in Betreff der s. g. politischen, überhaupt der öffentlichen Verbrechen eine erhebliche Aenderung mit Rücksicht auf die Neugestaltung der Staatsverfassung eintreten müsse, nicht nur da, wo jetzt zuerst die Bahn des s. g. Constitutionalismus betreten worden, sondern auch da, wo zwar bereits die constitutionelle Verfassung bestand und auf deren Grundlage Strafgesetzbücher zu Stande gekommen sind, aber wo die jetzt zur Geltung gebrachten Principien der bürgerlichen Freiheit und der allgemeinen Theilnahme aller Staatsglieder an den oder an gewissen politischen Rechten bisher noch nicht anerkannt worden waren. Jedoch ist gerade hier wieder vor dem schon gerügten Mißverständniß zu warnen, als ob die politischen Verbrechen, Hochverrath, Staats- und Landes-Verrath, Majestätsbeleidigung, und ferner Aufruhr, Widersetzung gegen die obrigkeitliche Gewalt, Bruch der Treue 2c. nicht wirkliches Unrecht seyen. Durch die Veränderung der Staatsverfassung, und wäre sie die freieste (was in sehr verschiedenem Sinne genommen wird), kann und muß das Object solcher Verbrechen

und die für strafbar zu erklärende Handlungsweise zum Theil anders als früher bestimmt werden, aber der Begriff dieser Verbrechen (womit ich etwas anderes, als die Legaldefinitionen in unsern Strafgesetzbüchern bezeichne) bleibt nothwendig bestehen. So finden wir z. B. in der Geschichte des römischen Strafrechts eine solche durch das veränderte Object, in den verschiedenen Perioden der Republik und der Imperatorenherrschaft hervortretende, verschiedene Bestimmung der das Verbrechen des Hochverraths begründenden Handlungen (abgesehen von den Ausartungen in Folge des Despotismus, von denen übrigens die Strafgesetze in den italienischen Republiken des Mittelalters und später, z. B. Venedigs, nicht minder lehrreiche Beispiele darbieten); allein niemals hat man den Staat, welches auch dessen Verfassungsform gewesen seyn möge, der Willkühr der Angreifer Preis gegeben und jenen politischen Verbrechen ihren wesentlichen Charakter abgesprochen. Am wenigsten war dazu die französische Republik auf Grundlage der Volkssouveränetät geneigt, und es fiel damals mindestens den Juristen nicht ein, dieser und dem s. g. Recht der Revolution, von dem in unserer Zeit so oft die Rede ist, irgend eine Berechtigung gegen die Staatsverfassung und die Strafgesetzgebung einzuräumen. Haben wir nun jene Mißverständnisse und das beseitigt, was Manche, in Widerspruch gegen das Recht des Staats, wenigstens für die Durchgangsperiode in Schutz nehmen zu müssen glauben, mit dem Vorbehalte, einst nach geschlossener Revolution, sofern diese ihren Erwartungen im Ergebnisse entspreche, die ihnen zusagenden festen Bestimmungen aufzustellen, so können wir erklären, daß die auf die erwähnten Handlungen bezüglichen Strafgesetze einer durchgreifenden Reform bedürfen. Aber diese Nothwendigkeit hat die Wissenschaft längst ausgesprochen, so wie den Grundsatz, nach welchem diese

auf dem Princip der Gerechtigkeit in Uebereinstimmung mit der Verfassung und dem öffentlichen Rechte des Volks stattfinden müssen. Die Wissenschaft, welche die des Rechts ist, und der Politik ihren Einfluß, so weit er berechtigt ist, also niemals ohne oder gegen das Recht selbst, zugesteht, hat hier nichts auf= oder nachzugeben — und nicht sie, sondern die Gesetzgebung tritt in ein neues Stadium.

Durch das freie Associations= und das Versammlungs=Recht sind eine Reihe von Strafbestimmungen, die bis vor Kurzem galten, hinweggefallen; andere, die sich auf die auch nach den Grundsätzen der neueren Verfassungen unbedingt oder unter gewissen Voraussetzungen zu verbietenden Gesellschaften und Vereinigungen beziehen, unterliegen nothwendigen Abänderungen. In Verbindung hiemit möge sogleich der Preßvergehen gedacht werden, die durch die Aufhebung der Censur eine andere strafrechtliche Bestimmung und Behandlung erfordern. Die gegen frühere Censurgesetze gerichteten Handlungen haben ihren Gegenstand verloren: Preßvergehen im andern Sinne bleiben übrig, insbesondere in sofern die Presse Mittel und Form der Begehung anderer, auch ohne solche sonst möglicher widerrechtlicher Handlungen ist, Verleumdung, Injurie im engern Sinne, Aufforderung zu Verbrechen rc. Gewiß wird bei allen jenen, in unsern bisherigen Gesetzgebungen oft sehr weit ausgedehnten strafgesetzlichen Anordnungen sich die Beobachtung eines Maaßes empfehlen, wonach weder dem Rechte des Staats und der Gesammtheit etwas vergeben und dieses gegen frevelhafte Angriffe schutzlos werde, noch der Freiheit individueller Meinung, deren selbst gefährliche oder bedenkliche Aeußerung, sofern sie nicht in Handlungen übergeht, an der entgegenstehenden Anderer und an der allgemeinen Meinung ihre Widerlegung und Entkräf=

tung erfährt, ein Eintrag geschehe, der in seinen Folgen selbst nachtheilig und störend seyn würde. Die Macht des Staats, der Regierung, und das Bewußtseyn des Rechts, muß sie in den Stand setzen, Angriffe gewisser Art der öffentlichen Mißbilligung zu überlassen und auf Bestrafung in allen den Fällen zu verzichten, wo diese nicht als eine unerläßliche Forderung der Gerechtigkeit, sondern nur als ein Mittel der Abwehr und Vertheidigung erscheinen würde, die nicht überall Bedürfniß ist. Davon muß eine andere Frage ganz getrennt werden, in wiefern es rathsam sey, von dem übrigens unbestreitbaren Recht der Strafgewalt da keinen Gebrauch zu machen, wo voraussichtlich ein Erfolg nicht zu erwarten ist. Denn obschon auch der Grundsatz, nach welchem das Strafrecht nicht eine bloße Berechtigung oder Befugniß ist, von der beliebig Gebrauch gemacht oder auf die verzichtet werden dürfe, sondern eben so wesentlich eine Pflicht[16]) — zu denen gehört, die ihre Wahrheit und Geltung nicht verlieren können, so wird doch bei gewissen politischen Verbrechen oder Anschuldigungen, namentlich bei der Majestätsbeleidigung, innerhalb gewisser Grenzen jene Abweichung gestattet seyn, wie sie auch wohl allgemein für zulässig erachtet wird, und gewiß im Interesse und der Würde des Staatsoberhaupts liegt. Dies hat auch schon früh Anerkennung gefunden [17]), und wird jetzt aus nahe liegenden und durch die Erfahrung bestätigten Gründen noch mehr zu beachten seyn. Auf die Gesetzgebung darf es jedoch um so weniger Einfluß aus-

16) Mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 1. — des Criminalprozesses §. 26.

17) L. unic. Cod. *Si quis Imperatori maledixerit.* — „quoniam si id ex *levitate* processerit, *contemnendum* est: si ex *insania*, *miseratione* dignissimum: si ab *injuria*, remittendum."

üben, als wir schon die Forderung aufgestellt haben, daß diese hier ihre Grenze so eng ziehe, als es mit dem Rechte verträglich ist.

Eine Erweiterung wird jener Theil der Strafgesetzgebung durch die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der Staatsminister erhalten. Ob diese in die Verfassung aufgenommen, oder einem besondern Gesetze vorbehalten bleiben, oder endlich im Strafgesetzbuche selbst, bei den öffentlichen Verbrechen, oder insbesondere bei denen der Staatsdiener, ihre Stelle finden, ist hier, wo im Allgemeinen von der Strafgesetzgebung gehandelt wird, gleichgültig; wie denn hierauf auch das bei Anklagen der höchsten Staatsbeamten durch die eine Kammer, vor der andern als urtheilenden, zu beobachtende Verfahren, wo ein solches mit Grund für nothwendig erachtet wird, und der ordentliche Criminal-Prozeß mit den Bestimmungen über die Zuständigkeit der Gerichte außer Anwendung bleibt, — ohne Einfluß ist.

Auch die Verbrechen einer religionswidrigen Richtung, und nach der ältern Auffassung gegen die (christliche) Religion, Kirche und Kirchengesellschaft — so weit solche Gegenstand der Rüge der weltlichen Strafgewalt sind — werden um so mehr einer von den bisherigen Gesetzen abweichenden Bestimmung zu unterwerfen seyn, je mehr schon überhaupt in der neuern Zeit sich hier die vorherrschende wenn auch nicht durchgängig begründete Ansicht von den Voraussetzungen entfernt hat, unter denen die frühere strafrechtliche Behandlung angeordnet war. Im gemeinen Recht war dies zuletzt ein reiches Feld der Streitfragen. Die Praxis, hier wie in andern Fällen zum Theil willkührlich, zum Theil innerlich gerechtfertigt, verließ allmählig den Boden des gesetzlichen Rechts: die Wissenschaft ließ einzelne zum Verbrechen gestempelte Handlungen nicht mehr als weltlich strafbare gelten, und setzte

sich, in sofern sie sich als Lehre des geltenden gemeinen Strafrechts äußerte, einerseits mit denselben in Widerspruch, andrerseits vom Standpunkte der Kritik aus, und als Vorbereitung zu neuer Gesetzgebung, hat sie hier mit Erfolg gewirkt. Dabei ist jedoch nicht zu leugnen, daß man oft zu weit ging, und insbesondre da, wo man die Strafbarkeit solcher Handlungen nicht verkennen konnte, nicht selten die auffallendsten Gesichtspunkte aufstellte, und jene unter andere Gesetzesrubriken auf eine höchst gezwungene und willkührliche Weise ordnete, um nur nicht in Verdacht zu gerathen, der Religion eine Anerkennung zu zollen. So z. B. bei dem Verbrechen der Verletzung der Eidespflicht, der Gotteslästerung ꝛc. In den Gesetzbüchern der letzten Jahrzehende ist diese Lehre wenig befriedigend bearbeitet, und die ganze Auffassung hat unleugbar auch auf die Moral des Volkes nachtheilig gewirkt, an die Stelle des einen Extremes ist an einigen Orten das andere getreten; an manchen hat die Halbheit der Maaßregeln, (wenn man diesen Ausdruck für Strafgesetze brauchen darf,) und die nicht gehörige Sonderung dessen, was lediglich der Kirchendisciplin zu überlassen ist, und was dem Staat anheimfällt, der aber seinerseits auch der Kirche und Religion, wie der Sittlichkeit, wo diese eine rechtliche und dem Angriffe sich darbietende Seite haben, den Rechtsschutz schuldig ist, — sich in ihrer Mangelhaftigkeit gezeigt. Wie sich dieses künftig zu gestalten habe, wird vornehmlich von der Bestimmung des Verhältnisses von Staat und Kirche und davon abhängen, wie weit die Sitte und die Gediegenheit alle die extremen Pläne zur Ausführung kommen lassen, die man von manchen Seiten nährt. In der Forderung gehöriger Begrenzung des Gebiets von Staat und Kirche und der Gewährung voller Freiheit der Selbstentwicklung des Einen und der Andern stimmen wohl die Meisten

überein. Aber es kann nicht anders als von Uebel seyn, wenn Manche eine solche Losreißung, Isolirung der beiden doch stets in einer wesentlichen Verbindung und gegenseitigen nahen Beziehung stehenden Existenzen fordern, deren Ergebniß zunächst die Entfremdung, dann der Kampf um so sicherer seyn muß, je mehr ja die Glieder des Staats und der Kirche die nämlichen Individuen sind, und in ihren Verhältnissen von beiden berührt werden, wie sie auf beide sich beziehen. Die Kirche und das Religiöse haben nach ihrer rechtlichen Seite einen Anspruch auf Schutz, den ihnen eine veränderte äußere Stellung zum Staate nicht zu entziehen vermag; die Gleichberechtigung aller Staatsangehörigen in Beziehung auf die von dem Religionsbekenntniß nicht abhängig zu machenden politischen und bürgerlichen Rechte, das Wegfallen einer s. g. Staats-Kirche, wo eine solche bisher bestanden hatte, kann und darf doch nicht die Folge haben, daß vom Christenthum überhaupt in der Gesetzgebung nicht mehr die Rede seyn sollte, und daß dieses mit den vielfachen und unabweislichen Einflüssen, die es auf die allgemeine Gesittung und auf die Verhältnisse der Individuen hat, als gänzlich dem Staate fremd und gleichgültig behandelt werden dürfte. Und wiederum, wenn der Staat sich der bisher ausgeübten und zum Theil für wesentlich geachteten Rechte über die Kirche begiebt, und letztere sich innerhalb ihrer Sphäre allein überlassen bleibt — wie es jetzt bei uns überall verfassungsmäßig ausgesprochen ist — so wird die Erfahrung bald lehren, daß derselbe auf sein nothwendiges Aufsichtsrecht über eine in seinem Innern bestehende und von ihm völlig unabhängige Macht nicht Verzicht leisten könne, wenn er auch jenes Recht nicht über den im Begriff und dem Anspruch des Staats liegenden Umfang ausdehnen darf. Wie weit nun hier ein Stoff für die Strafgesetzgebung sich ergebe, wie viel im

Verhältniß zu den bisherigen, keineswegs durchgängig gerechtfertigten Bestimmungen aufgegeben, was beizubehalten, was zu ändern sey — darüber kann also erst nach erfolgter verfassungsmäßiger Feststellung des Verhältnisses von Staat und Kirche entschieden werden. Nur scheint mir, daß für diese Feststellung selbst gewisse wesentliche Grundsätze bestehen, die anerkannt werden müssen, und daß nicht Alles, wie Manche glauben, auch hier von der oft zufälligen Mehrheit der Stimmen abhängig gemacht werden sollte. Uebrigens sind wir zwar in dieser Hinsicht durch die neuesten Zeitereignisse zu einer neuen Gestaltung gedrängt; aber die hier sich darbietenden Streitpunkte sind in Verbindung mit den längst geschichtlich hervorgetretenen Parteiungen schon alt und nicht erst jetzt zur Bedeutung gelangt. Es genügt an die Berathungen über die Bestimmungen der Preußischen Gesetzentwürfe hinsichtlich der Verbrechen der Geistlichen zu erinnern: möge nur noch der Ehe, der Ehescheidung, des Ehebruchs gedacht werden, — um an den Zusammenhang strafrechtlicher Bestimmungen mit den Ansichten zu erinnern, die hier von verschiedenen Seiten und mit der Anforderung ausschließender Geltung aufgestellt worden sind. Und dasselbe gilt hinsichtlich der Institute, die nicht rein rechtlicher, sondern vorzugsweise sittlicher Natur sind, bei deren legislativer Behandlung es eben so sehr schaden müßte, wenn man sie, wie namentlich die Familie, Ehe — von der oben schon berührten religiösen Seite abgesehen — mit Verkennung des ihnen innewohnenden sittlichen Princips lediglich unter den juristischen Gesichtspunkt stellte, oder wenn man in dem Umstande, daß sie nicht ausschließend Rechts-Institute seyen, einen Grund finden zu dürfen glaubte, sie als dem Rechtsgebiet ganz fremd zu betrachten. Wer die Wichtigkeit des Gegenstandes erkennt, der wird

auch zugeben, daß die, der Gesetzgebung und zwar — wovon hier allein gehandelt wird — der strafrechtlichen, zu Grunde zu legenden Vordersätze erst noch einer genauen Feststellung als Ergebniß einer sorgfältigern Prüfung bedürfen, als die gegenwärtigen Verhältnisse zu gestatten scheinen. Schwerlich darf man den Gegenstand, durch die hie und da bei Gelegenheit der Verfassungsberathungen gefaßten Beschlüsse, für genügend erledigt erachten; was die neueste Zeit hier zu Tage gebracht hat, ist, da es vielfach dem Wesen der Sache widerspricht, nicht geeignet, sich durch die Kraft innerer Wahrheit dauernd zu behaupten. Die in den öffentlichen Versammlungen sich bekundende überwiegendere Ansicht — wie viel Werth man ihr auch vom formellen Standpunkte der Verfassungen beilegen muß — ist nicht stets durch die wahrhafte öffentliche Meinung unterstützt: und gerade hier gerathen wir auf Punkte, wo die Stimme des Volkes in dessen eigentlichen Organen, so wie die durch die Wissenschaft geförderten Ergebnisse der Arbeit des Geistes und die Gesittung keineswegs auf Seite der von den neuern und unwahren socialen Theorieen stehen. Eine auf diese gebaute Strafgesetzgebung würde für die bisher erwähnten, wie für andere Richtungen des Lebens wenigstens von den Kennern der Sitte und ihrer Geschichte, von Freunden des Rechts und der Ordnung nicht bevorwortet werden können.

Um nun noch Einzelnes aus dem Gebiete der Strafgesetzgebung hervorzuheben, so bemerke ich, daß die Handlungen gegen gewisse Staatshoheits- (nicht blos fiscalische) Rechte, den jetzigen sich neu gestaltenden Verhältnissen entsprechend, eine in mancher Hinsicht von den frühern Grundsätzen abweichende Würdigung erfahren und die Strafverbote mehr beschränkt werden müssen.

So dürften auch die immer mehr zur Anerkennung gelangenden volks- und staatswirthschaftlichen Grundsätze über den bürgerlichen Verkehr und dessen Natur zu einer Aenderung und beziehungsweise Aufhebung der Strafbestimmungen führen, welche noch jetzt fast überall in Betreff des Zinsen- und des Getreide-Wuchers, der Auf- und Vorkäuferei, der Monopolien etc. bestehen: so wie auch die Verhältnisse der Arbeitgeber und der Arbeitenden in Fabriken etc. nach einer Feststellung der rechtlichen Grundlagen und in Verbindung mit den hier einschlagenden politischen Bestimmungen über die Grenzen des Associationsrechts, die Aufmerksamkeit der Strafgesetzgebung in Anspruch nehmen, damit nach jeder Seite hin das Recht gewahrt werde. Aber auch hier ist die Erinnerung zu wiederholen, daß, was in diesem Gebiete Neues bedingt ist und Berücksichtigung fordert, schon längst als Wahrheit und Berechtigung von der Wissenschaft ausgesprochen worden und nicht erst den politischen Ereignissen der Gegenwart sein Daseyn verdankt; wenn man auch zugiebt, daß sich für Manches erst jetzt die günstige Gelegenheit eröffnet, sich mit Erfolg zu bethätigen [18]).

Weniger werden von allen bisher erwähnten Einflüssen die im engern Sinn s. g. Privatverbrechen berührt, Verbrechen gegen Einzelne und deren Rechte, die Tödtung, Verletzung der Integrität des Körpers, der Freiheit, der Ehre, so wie die mannichfaltigen gegen das Eigenthum und das Vermögen gerichteten Angriffe und Frevel — man müßte denn, im Sinne gewisser communistischer und socialistischer Systeme, Vordersätze annehmen, vor denen bis jetzt der gesunde Menschenverstand, das Gerechtigkeitsgefühl und ein unbewußter auf das Richtige führender

18) Meine oben Note 4 angef. Abhandlung S. 268.

Takt doch die Mehrzahl derjenigen bewahrt hat, die nicht aus höhern und Vernunftgründen sich der Verwerflichkeit jener Ansichten und ihrer Consequenzen bewußt sind. Allerdings giebt es auch hier nicht wenig zu läutern: Manches bedarf einer bessern Anordnung und Feststellung. Allein dies betrifft nicht die Grundansicht über die Unverträglichkeit der erwähnten Handlungen mit dem Rechtszustande; es ist hier nicht eine neue Wahrheit zu entdecken, wonach für jene Verbrechen wesentlich andre, als die bisherigen und zum Theil längst anerkannten Grundsätze der rechtlichen Beurtheilung zu beobachten wären. Was man gegen die Normirung des Thatbestandes, gegen die Fassung und Bestimmung einzelner Artikel in den betreffenden Abschnitten neuerer Gesetzbücher zu bemerken hat, gehört unter einen andern Gesichtspunkt. Ebenso schließe ich, nach der oben angegebenen Gliederung dieser Abhandlung an dieser Stelle, dasjenige aus, was sich gegen die strafrechtliche Behandlung da und dort erinnern läßt, wo das gemeine Recht auf dem Standpunkte der Fortentwicklung vielfach den Vorzug vor manchen neuen Gesetzbüchern und Entwürfen verdient. Wir werden später von der Strafe und der Strafzumessung sprechen, und es soll hier nur gleich auf die nicht überall vermiedenen, nachtheiligen Einflüsse einseitiger Strafrechtstheorieen z. B. der Abschreckung aufmerksam gemacht werden, gegen welche ein Vertheidiger des Grundsatzes der Gerechtigkeit auch bei Gelegenheit der Kritiken der betreffenden Entwürfe nachdrücklich genug gewarnt worden war. Hoffen wir, daß gerade von dem Ausgangspunkte aus eine Revision und Verbesserung stattfinde, wo allein eine solche mit Erfolg erwartet werden darf!

Betrug und Gewalt werden mehr als bisher, auch nach ihrer formellen Eigenschaft, und nicht blos in der materiellen Beschränkung auf Eingriffe in Ver-

mögensrechte zu berücksichtigen, und um so bestimmter als Gattungs-Verbrechen mit subsidiärer Stellung aufzunehmen seyn, je weniger, wie bemerkt, unsere Zeit der Analogie im Strafrechte geneigt ist. Die Nothwendigkeit und das Bedürfniß strafgesetzlicher Bestimmungen über das eigentliche crimen vis, welches nur wenige neuere Gesetzgebungen kennen, wie überhaupt gegen den Bruch des innern Friedens, haben sich in der neuesten Zeit überall herausgestellt, und dürfen von denen nicht verkannt werden, welche die Rechtsordnung ernstlich wollen.

Diese Bemerkungen sollen nicht für erschöpfende gelten: es könnte noch Manches hinzugefügt werden; doch hoffe ich, daß das Ausgeführte hinreiche, um den aufgestellten Satz über die Anforderungen an Neuerungen und und dessen Grenzen ins Licht zu stellen. Eine nähere Begründung fordert ein weiteres Eingehen in die Einzelheiten der Gesetzgebungen, als es hier möglich und nöthig ist, und muß einer andern Arbeit vorbehalten bleiben.

Richten wir nunmehr das Augenmerk auf das System der Strafen und Strafarten, so begegnen wir einem reichen Stoff auch nach der Seite, wo derselbe in Rücksicht auf die Frage behandelt werden soll, die unsere Zeit beschäftigt. Unbezweifelt ist hier Vieles — wenn auch nicht neu einzuführen, so doch aufzugeben und abzuschaffen. Als entscheidender Grundsatz kann dabei wieder nur der der Gerechtigkeit gelten, daneben eine wohlverstandene Politik, die aber, um dieses Prädicat zu verdienen, nicht in einem Sinne, der mit der Gerechtigkeit unverträglich wäre, sich äußern darf. Das System der Strafe fordert eine größere Beschränkung und muß mit der politischen Verfassung, mit dem Bildungsstande des Volkes, das einer solchen, einer freien theilhaftig ist, in Uebereinstimmung gesetzt werden. Damit ist eine längst wenn auch zum Theil nur erst als Forderung anerkannte

Wahrheit ausgesprochen; aber der abstracte Satz muß seinen Inhalt erst durch die Beantwortung der Frage erhalten: welche der bisherigen Strafarten sind als gerechte, und als im Staate der Gesittung zulässige anzuerkennen, welche werden hiernach aufzugeben seyn? Diese Frage beschäftigt gleichfalls seit langer Zeit alle die, welche sich für die Verbesserung der Strafgesetzgebung interessiren, sie ist — um nur einen Theil der hierüber vorhandenen reichen Literatur zu erwähnen — in den letzten Jahrzehenden bei Gelegenheit der Verhandlungen über die neuern Gesetz-Entwürfe und in den vielen öffentlichen Kritiken derselben, wenn auch nicht gleichmäßig für alle Strafarten — erörtert worden, und es liegt hierüber ein reiches Material vor, dessen Benutzung bei den Vorschlägen und Beschlüssen in der neuesten Zeit viel zu wenig stattgefunden hat, — eine Erscheinung, die man, wie so manche andere bei den obwaltenden Verhältnissen, welche einer ruhigen Erwägung nicht günstig waren, zwar erklären, aber deshalb doch nicht billigen kann. Die Veränderungen, die wirklich berechtigt sind, hat die allgemeine Stimme, die Wissenschaft mit inbegriffen, schon längst bevorwortet; über Manches ist dieselbe noch nicht soweit einig, daß man sich überreden dürfte, es durchaus mit fertigen Ergebnissen zu thun zu haben, die nur ihre Aufnahme durch die Gesetzgebung erwarteten. Ueber die noch streitigen Fragen kann jedoch hier nicht eine erschöpfende Erörterung erfolgen; für den nächsten Zweck genügt es zu bemerken, daß, wo man annehmen darf, die Frage habe aufgehört streitig zu seyn, wo das Rechtsbewußtseyn eine entschiedene Antwort enthielte, da auch nicht gezögert werden dürfe, dieses zu befriedigen. Daß aber in dieser Hinsicht die Gesetzgebung schon seit dem Anfange dieses Jahrhunderts, und insbesondere wie sie sich in den neuern deutschen Codificationen ausgesprochen, entschiedene Fortschritte gemacht

habe, können nur Die leugnen, welche entweder nicht die erforderliche Bekanntschaft mit der Geschichte der Strafgesetzgebung gemacht haben, oder die in ihren Uebertreibungen der jüngsten Vergangenheit die Anerkennung verweigern, auf die sie einen nicht zu bestreitenden Anspruch hat, selbst wenn man einräumen muß, daß sie ihre Aufgabe noch nicht vollendet hatte. Denn je mehr gewisse längst Gemeingut gewordene Wahrheiten, z. B. über die Verwerflichkeit der s. g. qualificirten oder geschärften Todesstrafen, über körperliche Züchtigungen, in einigen Gesetzgebungen Eingang gefunden hatten, um so mehr war und ist es zu bedauern, daß sie in anderen — wenn auch allmählig immer mehr beschränkt — stehen geblieben, auch wohl, sofern nicht die Gnade abhelfend eintrat, zur Ausführung gekommen sind [19]). Aber indem wir Gerechtigkeit und Sitte auch in diesem Gebiet als Grundlage nehmen, müssen wir der Behauptung entgegentreten, als wenn die Frage, um die es sich hier vorzugsweise handelt, lediglich von dem Standpunkte der politischen Verfassung aus, und nach den Principien, denen die verschiedenen Parteien huldigen, zu entscheiden wäre. Allerdings muß auch der Verfassung ein Einfluß zugestanden werden. Aber man wird schwerlich aus dieser, ob z. B. die absolute oder die constitutionelle Monarchie, oder eine Republik bestehe, einen tiefen Grund für oder gegen eine gewisse Strafart entnehmen können, — wie denn die Erfahrung lehrt, daß in ältester, in späterer wie in neuerer Zeit gewisse Strafarten unter allen nur möglichen Verfassungsformen vorkommen, z. B. die Todesstrafe, die selbst in der neuen Republik Frankreich nicht nur im Gesetz beibehalten und zur Anwendung ge-

19) Meine angef. kritischen Betrachtungen über den Preuß. Gesetz-Entw. von 1843. S. 91 fg.

bracht worden, sondern wo jetzt eben über einen Antrag von Sabatier-Laroche, dieselbe abzuschaffen, mit einer Majorität von 400 gegen 183 Stimmen in der Nationalversammlung hinweggegangen ist. Ich wiederhole: Gerechtigkeit und Sitte müssen entscheiden; man wird nicht aus einer bestimmten Verfassung die Unerläßlichkeit oder die Unstatthaftigkeit einer bestimmten Strafart ableiten können. Nur das ist richtig, daß in dem Staat des Despotismus — wie im Orient, mit dem doch wohl Niemand ernstlich unsere Staaten vor deren Eintritt in die Reihe der im engern Sinne s. g. constitutionellen vergleichen wird — die Möglichkeit besteht, auch ungerechte Strafen und Strafarten zu vollziehen, wogegen der Gedanke des Rechts und der Sitte seine Macht auch da bekunden konnte und bekundet hat, wo man nicht von der Volkssouveränetät ausgeht. Fordert aber in freien Staaten der freie Bürger eine entsprechende Anerkennung — was sich in der Theilnahme an den politischen Rechten und in dem gerichtlichen Verfahren bethätigen soll, so scheint doch daraus nicht eine Folgerung gezogen werden zu dürfen, daß, wo durch Missethaten und Schändlichkeiten die Freiheit und Ehre verletzt, die Würde des freien Menschen durch seine eigne Handlung vernichtet ist, hier überall die auf ganz andern Voraussetzungen beruhende Anerkennung bedingt sey. Wir fordern, daß in dem Verbrecher der Mensch geachtet, daß nicht anders als nach der Gerechtigkeit gegen ihn verfahren werde — aber auch nicht mehr. Sonst kommt man zu dem Ergebniß, allen Strafzwang zu verwerfen, und in der That hat es nicht an gelegentlichen Aeußerungen in diesem Sinne gefehlt.

Von der Todesstrafe ist bereits Einiges bemerkt worden. Ob dieselbe beizubehalten sey, oder nicht, wird vor Allem zur Frage kommen, und nicht Wenige werden ihr Urtheil über die ganze künftige Gestaltung des Straf-

rechts darnach bestimmen, wie die Antwort ausfällt. Ich will auf die Streitfrage über die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe hier nicht näher eingehen; es ist dieselbe vielfach, und auch von mir erörtert worden — eine Vereinigung der Ansichten ist kaum zu erwarten. Daß die Todesstrafe, auch wenn deren Rechtmäßigkeit unbezweifelt ist, in einer Reihe von Fällen, wo man sie früher für zulässig hielt, nicht gerechtfertigt sey [20]), daß sie in den wenigen und seltenen Fällen, wo die Gerechtigkeit und das Rechtsgefühl sie fordert, nur als eine einfache hinsichtlich der Vollziehungsweise und so, daß dadurch die menschliche Würde nicht verletzt werde, stattfinden dürfe, ist allgemein anerkannt. Bis vor Kurzem ist in allen gesetzgebenden Versammlungen, auch noch im J. 1848 auf dem vereinigten Landtage in Berlin, durch Stimmenmehrheit die Frage über deren Beibehaltung bejaht worden; ebenso, wie vorhin schon gesagt ist, noch in der neuesten Zeit in der französischen Republik. Aber auch die Verhandlungen der gesetzgebenden oder constituirenden Versammlungen in Deutschland haben, wenn man die Sache gründlich prüft, kein anderes Ergebniß herbeigeführt. Es versteht sich von selbst, wie schon bemerkt, daß, so wenig dergleichen Versammlungen berufen sind, Wahrheiten zu bestimmen, indem sie vielmehr nur die etwa erkannte zur Geltung bringen, jedenfalls nur Beschlüsse und resp. Anträge fassen können, so auch eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe oder das Gegentheil von ihnen nicht getroffen werden könne, vollends nicht mit dem Erfolge, dadurch der Freiheit der Forschung eine Gränze zu setzen. Man würde, wie bei so vielen andern Gesetzen, die auf solche Weise entstanden sind, stets befugt bleiben, deren Rechtmäßigkeit zu

---

20) S. unter anderm Hepp in diesem Archive 1847. S. 466 fg.

prüfen und in Zweifel zu ziehen. In der That, wenn die Frankfurter und die erste Preußische National-Versammlung die Abschaffung der Todesstrafe beschlossen haben, ist dadurch nur eben dieses praktische Ergebniß — nichts weiter, und nicht einmal Dies ersichtlich, daß sich hier die allgemeine Meinung und das Rechtsbewußtseyn des Volks ausgesprochen haben. Unter den vielen Reden, welche da und dort gehalten worden sind, findet man manche treffliche, die, wenn sie auch nichts Neues für und wider beigebracht, ja nicht einmal erschöpfend das Bekannte wiedergegeben haben, doch immer beachtenswerth erscheinen. Aber freilich auch recht viel Seichtes und nicht zur Sache Gehöriges, viel von blos politischen Tendenzen Ausgehendes ist auch von Denen vorgebracht worden, die sich für die Abschaffung der Todesstrafe erklärt haben. Daß dieselbe gegen die Gerechtigkeit sey, ist von Niemand gründlich bewiesen worden, — man hat dies theils, als sich von selbst verstehend, vorausgesetzt, theils hat man sich auf Humanität, allgemeine Meinung, auf die Entbehrlichkeit der Todesstrafe, auf die Vergeblichkeit, durch dieselbe abzuschrecken ꝛc. berufen; anderer äußerlicher, das Wesen der Frage gar nicht berührender Gründe nicht zu gedenken.

Die Frankfurter National-Versammlung hat durch §. 139 der Grundrechte (Art. 3) des deutschen Volkes die Todesstrafe abgeschafft; ähnlich die erste Preußische, von der hier nicht weiter die Rede seyn soll, da deren Beschlüsse nicht zur Ausführung kommen, während bei den s. g. Grundrechten dieses, wenigstens in einzelnen Ländern, der Fall seyn kann. Wir fragen nun: Hat sie wirklich dieselbe abzuschaffen beschlossen? Der Artikel lautet: „die Todesstrafe, ausgenommen wo das Kriegsrecht sie vorschreibt, oder das Seerecht im Fall von Meutereien sie zuläßt — ist abgeschafft."

Man muß antworten: Nein. Sie ist, wenn auch nur ausnahmsweise, beibehalten bei dem Kriegsrecht, wozu auch das Standrecht zu rechnen ist, und im Seerecht. Demzufolge muß man annehmen, daß man die Todesstrafe nicht für unrechtmäßig hält; denn es wäre nicht nur eine arge Inconsequenz, sondern mehr und etwas Schlimmeres, eine Strafe, deren Unrechtmäßigkeit erkannt worden, so daß sie aufgehoben wird, dennoch für gewisse Fälle fortwährend für anwendbar zu erklären, und wären es auch nur Nothfälle, da die Noth doch nicht das Unrecht zum Recht machen kann und das Nothrecht etwas anderes ist, als „das Recht, in der Noth unrecht zu thun." Wir wollen diesen Beschluß, der sonst schon nach Gebühr gewürdigt worden ist, nicht einer weitern Kritik unterwerfen, und nur durch denselben die Todesstrafe, wie man sieht, nicht aufgehoben, sondern beibehalten ist, aber aufgehoben da, wo es am bedenklichsten erscheint, wo die Gerechtigkeit herrschen soll, der hiemit ihre nothwendige Macht benommen wird, der gegenüber der Frevler an dem Menschenleben, der Mörder sein individuelles Seyn als ein unantastbares geltend machen dürfen soll, während er selbst das Leben Anderer nicht achtet und der Heiligkeit des Rechts sich entgegensetzt. Man hat also die Strafe, deren Rechtmäßigkeit man zugesteht, indem sie in jenen angeführten Fällen beibehalten wird, für entbehrlich geachtet, überhaupt sich durch Gründe außerhalb des Rechts bestimmen lassen. Ist diese Voraussetzung richtig? Herrscht jetzt und zu der Zeit der Fassung jenes Beschlusses eine solche Achtung des Rechts und des Menschenlebens, daß etwa Mordthaten nicht, oder nur als seltene Ausnahmen vorkommen, eine solche Religiosität und Sitte, daß man wegen des Verschwindens der todeswürdigen Verbrechen jene nothwendige Sühne aufgeben dürfte? Leider nöthigt die neueste Ge-

schichte und die Erfahrung, diese Frage zu verneinen, und es hat ohne Zweifel die weit verbreitete Ansicht, die jenem Beschlusse zu Grunde liegt, sehr nachtheilig gewirkt. Man braucht nicht von dem Abschreckungsprincip auszugehen, d. h. nicht dieses als Rechtsgrund der Strafe anzuerkennen, und man kann und muß dennoch die mögliche und heilsame Wirkung der gerechten Strafe, unter anderm auch abzuschrecken, zugestehen und es bedenklich finden, darauf Verzicht zu leisten und das Leben der Individuen der Willkühr böswilliger Uebelthäter Preis zu geben. Hepp hat in einer sehr beachtenswerthen Abhandlung [21]) über diesen Gegenstand achtzehn Fragen über das, was man bei diesem Beschlusse nicht bedacht hat und hätte bedenken sollen, aufgeworfen und in einer Weise beantwortet, die ihm die Beistimmung der unparteiischen Beurtheiler sichert. Nur eines will ich hervorheben. Wenn man die Todesstrafe aufheben wollte, so war dafür eine passendere Stelle aufzusuchen, und auch wohl zu finden, als bei den s. g. Grundrechten der Deutschen. Sollte jene Bestimmung getroffen werden, so mußte sie als Ausdruck einer anerkannten objectiven Wahrheit erfolgen, oder am besten, so wie Stahl [22]) bemerkt, indem sie eben aus dem Strafgesetzbuche wegbleibt. Aber, fragt mit Recht auch Hepp: „Was hat die Aufhebung der Todesstrafe mit den Grundrechten der deutschen Nation zu thun?“ Man hat sich dabei weder eine deutliche Vorstellung von dem Begriff eines Grundrechts gemacht, noch von der für einen so wichtigen folgenreichen Beschluß erforderlichen Form. Denn gewiß, wenn es objective Gründe giebt, diese Strafe in Deutschland

---

21) In der Not. 4 angef. Zeitschrift „Der Gerichtssaal.“ Erlangen 1849. Maiheft S. 341 fg.

22) Die deutsche Reichsverfassung ꝛc. Berlin 1849. S. 63.

aufzuheben, so muß es allgemein, nicht als ein Recht oder Grundrecht der Deutschen, gelten; der Staat darf dann überhaupt nicht (auch nicht ausnahmsweise) die Todesstrafe verhängen. Oder sollte, weil Ausländern die Grundrechte eines Deutschen nicht zustehen, ein Fremder, der wegen eines in Deutschland begangenen Mordes nach dem Rechte und vor dem Gerichte eines deutschen Landes verurtheilt wird, die Todesstrafe erleiden? Auch Stahl [23]) erklärt sich gegen die unangemessen gewählte Stelle bei den Grundrechten, wie es Jeder, der weiß, was ein Grundrecht ist, thun muß, selbst wenn er den Beschluß billigte — den Hepp „einer unzeitigen Hast, einem Drängen und Jagen nach Reformen, die einer andern gesetzgebenden Gewalt und einem andern Gebiete angehören, nur um den günstig scheinenden, vielleicht nicht wiederkehrenden Moment gehörig auszubeuten", zuschreibt.

Die neuesten Gesetzgebungen haben die Todesstrafe sehr beschränkt, so daß sie nur auf Mord und Hochverrath des höchsten Grades steht. Es ist zu erwarten, daß sie bei den eigentlichen blos politischen Verbrechen, die nicht zugleich einen andern Gesichtspunkt darbieten, hinwegfallen, wie in Frankreich, und bekanntlich hat auch überall, bei der Wirksamkeit der Gnade, eine verhältnißmäßig kleine Anzahl der gefällten Todesurtheile die Bestätigung erhalten. Man muß einige Gesetzgebungen tadeln, die noch nicht die hier erforderlichen engen Grenzen beobachten [24]), und es darf da, wo die Gerechtigkeit

---

23) a. a. O. S. 63. „Soll es ein Grundrecht des Deutschen seyn, daß, wenn er gemordet wird, seinen Mörder nicht die Hinrichtung trifft; oder soll es ein Grundrecht des Deutschen seyn, daß, wenn er mordet, ihn nicht die Hinrichtung trifft? Ist das deutsche Volk ein Assassinenvolk?"

24) Hepp in der Note 20 angef. Abhandlung.

überhaupt und im besondern Falle diese Strafe verwirkt, nicht dem Zufall, ob die Gnade gewährt oder verweigert wird, überlassen bleiben, was das Recht fordert. Aber die Todesstrafe ganz aufzuheben, ist für jetzt — da man deren Rechtmäßigkeit selbst bei jenen Beschlüssen, die sonst widersprechend wären, anerkennt — nicht nur nicht rathsam, sondern geradezu vom Uebel. Und wenn die fortdauernden traurigen Folgen, die schon bisher sich gezeigt haben, meist die Wiedereinführung dieser Strafe auch außer den in den Grundrechten gestatteten Ausnahmsfällen sollten nothwendig erscheinen lassen, d. h. wenn die angenommene Entbehrlichkeit durch die Erfahrung widerlegt wird, so wird dies bei weitem bedenklicher seyn, als die Beibehaltung derselben, wo sie die mit der Gerechtigkeit und dem richtigen Gefühl übereinstimmende öffentliche Meinung fordert.

Auch in Betreff der Freiheitsstrafen bleibt der neuen Gesetzgebung eine Aufgabe zu lösen, wofür jedoch die Bearbeitung des Stoffes und die Beleuchtung des Gegenstandes nach den verschiedenen Seiten längst nicht mehr fehlt. Die Freiheitsstrafe, von der aus bekannten Ursachen in den ältern deutschen Rechtsgesetzbüchern nur sehr beschränkter Gebrauch gemacht worden, ist allmählig die vorherrschende, neben der nur für wenige Fälle andere Strafarten vorkommen; dagegen in Verbindung mit ihr, oder als Folgen, auch solche, deren Rechtmäßigkeit in Zweifel gezogen werden muß. In noch höherm Grade wird künftig die Freiheitsstrafe die regelmäßige seyn, wenn andre Arten der Repression, wie bereits ausgesprochen ist, z. B. die körperliche Züchtigung, hinwegfallen. Zwar bin ich nicht der Meinung, daß sich die Freiheitsstrafe schon ohne Weiteres verstehe, wie Manche meinen, die der Lebensstrafe entgegentreten; aber der auch hier erforderliche Beweis der Rechtmäßigkeit

ist, wenn diejenige der Strafen überhaupt feststeht, leichter zu führen, und ein Mißbrauch der Freiheit wird angemessen durch eine Beschränkung derselben gebüßt. Auf die eigenthümliche und nicht blos quantitative Natur der lebenswierigen Freiheits-Entziehung, und deren Verhältniß zu der Todesstrafe einerseits und der zeitlich bestimmten Freiheitsstrafen andrerseits, habe ich früher aufmerksam gemacht [25]), und muß dies bei einer neuen Gesetzgebung zur Erwägung empfehlen. Sollte die Lebensstrafe einst ganz wegfallen, so wird das ganze Strafsystem eine erhebliche Aenderung erleiden müssen, — deren Schwierigkeiten, in Ansehung der Forderung eines gerechten Verhältnisses von Schuld und Ahndung, nur dann nicht als ein Grund gegen jene Maaßregel geltend gemacht werden dürften, wenn sie lediglich äußerliche wären. Eine ferner wichtige Aufgabe bleibt die Art der Freiheitsstrafen mit den besondern durch dieselbe bedingten Einrichtungen, selbst den baulichen — die Entscheidung über die Grenzen, innerhalb deren die Einzelhaft statthaft sey, und was sonst damit in Verbindung steht. Kann man auch den Zweck der Besserung nicht für einen Rechtsgrund der Strafe erkennen und darf man nicht von jenem aus, als dem höchstberechtigten, das ganze Strafsystem bestimmen, so hat doch die tiefere Bedeutung des s. g. Pönitentiar-Systems immer mehr Anerkennung gefunden, und es ist eine unabweisbare Pflicht, der — an sich gerechtfertigten Strafe — in der Anwendung eine Einrichtung zu geben, welche die Besserung nicht nur möglich macht, sondern vorzugsweise berücksichtigt und befördert [26]). Dies führt dann auf weitere Bestimmun-

---

25) In diesem Archiv 1838. S. 62 fg.

26) Meine Abhandlung „Ueber das Verhältniß des Pönitentiarsystems zum Strafrechtsprincip" in der Zeitschrift für Stra-

mungen, die nicht mehr unmittelbar und ausschließend der Strafgesetzgebung anheimfallen. An diese ist aber die Forderung zu machen, daß sie andern wesentlichen, sich hier behauptenden Momenten und den diese vertretenden Organen nicht entgegentrete, sondern denselben den gebührenden Raum gestatte. Es genüge hier auf die freien Vereine für jenen Zweck und auf den innern Zusammenhang hinzuweisen, der unter den verschiedenen organischen Anstalten im Staate besteht [27]).

Daß das bisherige System der *Ehrenstrafen* einer durchgreifenden Umgestaltung bedürfe, die *entehrenden* Strafen hinwegfallen, und die rechtlichen Folgen der Strafarten in Beziehung auf den dauernden oder zeitweisen Verlust der politischen und bürgerlichen Rechte zum Theil anders als bisher bestimmt werden müssen, ist auch schon früher ausgesprochen, und jetzt nach den eingetretenen politischen Veränderungen eine nicht mehr zu verkennende Nothwendigkeit.

Die Aufhebung der *körperlichen Züchtigung* haben wir gegen die eine entgegengesetzte Ansicht aussprechenden Gesetzes-Entwürfe beantragt [28]). Die *allgemeine Vermögens-Confiscation*, welche das uns immer von Neuem als Muster empfohlene französische Strafgesetzbuch kennt, ist seit einer Reihe von Jahren aus deutschen Gesetzbüchern verschwunden, und wo man in Entwürfen sich für sie erklärt, hat dies mit

---

verfahren III. Bd. S. 387 fg. Strafrechtstheorie ꝛc. S. 50 fg. Meine „Berichte des Vereins für die Besserung der Strafgefangenen in der Provinz Schlesien." Breslau 1842. 1844. 1846. 1849.

27) S. die vorige Note a. E. und die Jahrbücher der Gefängnißkunde von Dr. *Julius*, *Nöllner* und *Varrentrap*.

28) Meine angef. kritischen Betrachtungen ꝛc. S. 115 fg.

Recht Widerspruch gefunden [29]). Jetzt ist diese Streitfrage, wenn man sie als solche überhaupt betrachten darf, für entschieden zu erachten [30]). Confiscation bestimmter Gegenstände ist rechtlich bedingt, ja nothwendig, und auch Geldstrafen erscheinen innerhalb solcher Grenzen, die dem hier möglichen Mißbrauch begegnen, wohl gerechtfertigt, und als oft angemessenes Mittel des Ausdrucks der öffentlichen Mißbilligung verwerflicher Handlungsweise, auf welches die Gesetzgebung nicht Verzicht leisten darf.

Ich will jedoch nicht Alles, was sich über die Strafarten bemerken ließe, hier anführen, da das Bisherige für den angegebenen Zweck genügt. Die Betrachtung würde nun dem Verhältniß von Verbrechen und Strafe zuzuwenden seyn. Ich behalte dieses einer Fortsetzung der gegenwärtigen Abhandlung vor.

---

29) „Bemerkungen über den Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten v. J. 1847" in diesem Archiv 1848 S. 17 fg.

30) Durch alle neuere Verfassungen oder Entwürfe derselben.

VIII.

Gesetzgeberische Thätigkeit im Großherzogthum Hessen in Bezug auf Strafrecht und Strafverfahren seit dem März des Jahres 1848.

Darlegung von Herrn Advokat Bopp
in Darmstadt.

(Schluß des Aufsatzes von Nr. II. im ersten Hefte.)

§. 7.

Gesetz vom 22. September 1848 wegen Aufhebung der privilegirten Gerichtsstände.

Die Verkündigung vom 6. März 1848 sagte auch die Vorlegung eines Gesetzesentwurfs wegen Aufhebung der privilegirten Gerichtsstände [38]) zu. Schon in der Sitzung

---

38) Als erste Urkunde des geschriebenen Rechts hinsichtlich dieses Privilegs fand ich eine in Gemeinschaft mit der älteren Linie Hessen-Cassel erlassene Verordnung des Landgrafen Georg II. v. J. 1627, dahin gehend, daß einer vom Adel oder eine andere honorirte Person befugt seyn soll „um Anordnung und Besetzung eines sonderbaren Gerichts von unpartheiischen adeligen und gelehrten Personen anzusuchen"; diesem Gesuch solle aber nur dann Statt gegeben werden, wenn wegen der dadurch verursachten besonderen Kosten Caution geleistet werde. Diese Verordnung wurde der ausführlichen Verordnung vom Jahr 1720 „von Judiciis honoratis", der *Grundlage* des Privilegs des Gerichtsstandes, einverleibt. —

der zweiten Kammer am 17. Juli erschien der Regierungscommissär, Ministerialrath Emmerling, und legte zu diesem Zweck einen Gesetzesentwurf vor, der in den ersten drei Artikeln die Aufhebung dieses Privilegs „in civilrechtlicher Beziehung" betrifft, weiter dahin lautete: „Art. 4. In strafrechtlicher Beziehung ist der bisher bestandene Unterschied zwischen schriftsässigen und nicht schriftsässigen Personen aufgehoben. Die Stadt- und Landgerichte sind demnach competent, alle im Art. 2 des Competenzgesetzes d. d. 17. September 1841 bezeichneten Verbrechen und Vergehen gegen Jedermann ohne Unterschied der Person zu untersuchen und abzuurtheilen, auch in gleicher Ausdehnung da einzuschreiten, wo sie nach der bestehenden Gesetzgebung nur zur Untersuchung, nicht aber zur Aburtheilung von Vergehen und Verbrechen competent erscheinen. Art. 5. Ausgenommen von der Bestimmung des Art. 4 sind jedoch die Fälle, wo der Justizminister, Collegialrichter, Landrichter oder Staatsprocuratoren eines gemeinen Verbrechens oder Vergehens beschuldigt werden sollten. In solchen Fällen behält es vorerst bei den bisherigen Competenzvorschriften sein Bewenden. Art. 6. Das Gesetz d. d. 5. Juli 1821 über die Verantwortlichkeit der Minister und obersten Staatsbeamten [39]) wird durch das gegenwärtige Gesetz nicht berührt. Art. 7. Sämmtliche Bestimmungen dieses Gesetzes finden auf die Mitglieder Unseres Großherzoglichen Hauses keine Anwendung." Zur Motivirung trug der Regierungscommissar im Wesentlichen vor: Die bisherigen privilegirten Gerichtsstände seyen größten Theils

---

Im Allgemeinen Bezug auf Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren rc. Vierte Aufl. Heidelb. 1845, Th. 1. §. 55: Privilegirte Gerichtsstände; und Müller, Lehrbuch des teutschen gemeinen Criminalprozesses. Braunschweig 1837. §. 60—62.

39) Weiß, System des Verfassungsrechts des Großherzogthums Hessen. Darmst. 1837. §. 157.

Ausfluß der Praxis oder beliebiger Vorschrift, hätten meistens keinen gesetzlichen Boden; um so mehr Grund zur Reform; in strafrechtlicher Beziehung habe bisher ein privilegirter Gerichtsstand bestanden: 1) bei dem obersten Gericht für die Standesherren in s. g. Civilstrafsachen, indem für peinliche Strafsachen das Edict v. J. 1820 über die standesherrlichen Rechtsverhältnisse ein judicium parium gewähre [40]); 2) bei den Hofgerichten für die s. g. Schriftsässigen; diese Privilegien sollten — Art. 4 — verschwinden. Wenn daher insbesondere im zweiten Organisationsedict v. J. 1803, der Regel nach, den Untergerichten die Strafgerichtsbarkeit über Schriftsässige entzogen worden sey, das Competenzgesetz zum Strafgesetzbuch v. 17. Sept. 1841 aber im Art. 1 es dabei habe bewenden lassen, so solle nunmehr die Persönlichkeit keine Verschiedenheit der Competenz mehr begründen. Die Ausnahmen des Art. 5 gälten dem Amt; Einzelrichtern könne die Befugniß nicht zustehen, vorgesetzte Beamten strafrechtlich zu verfolgen. Daher ähnliche Ausnahmen z. B. in Frankreich. Der Art. 6 rechtfertigt sich von selbst.

Der von dem Gesetzgebungsausschusse durch den Abg. Köster erstattete Ausschußbericht erkannte einleitend an, daß die Privilegien in Ansehung des Gerichtsstandes als eine nicht zu rechtfertigende Ungleichheit erschienen, die beseitigt werden müsse, und trug dann u. A. weiter vor: In strafrechtlicher Beziehung seyen, wenn es sich von Verbrechen und Vergehen s. g. schriftsässiger Personen handle, die Untergerichte theils nur untersuchende, theils auch urtheilende Behörden, letzteres hinsichtlich der Delicte, die

---

40) Weiß a. a. O. §. 84, S. 293, 294. Schon das Gesetz vom 7. August 1848 über die Verhältnisse der Standesherren und adeligen Gerichtsherren hatte unter den aufgehobenen *persönlichen* Vorrechten der Standesherren und ihrer Familien *auch* den privilegirten Gerichtsstand aufgezählt.

im Art. 2 des Competenzgesetzes verzeichnet seyen; die Untergerichte hätten gegen schriftsässige Personen in der Regel keine Criminaljurisdiction, und nur bei Gefahr im Verzug könnten sie, vorbehältlich der Anzeige bei dem vorgesetzten Gerichtshof, gegen sie inquisitorisch einschreiten; dies solle nach Art. 4 des Gesetzesentwurfs aufhören; der Ausschuß sey einverstanden, wenngleich nicht zu verkennen sey, „daß bei der dermaligen Stellung unserer Landrichter als Einzelrichter und Untersuchungsrichter, die ohne alle Mitwirkung einer Staatsbehörde rein inquisitorisch verfahren, die vorgeschlagene Competenzerweiterung für manche Fälle im Interesse der Strafrechtspflege selbst einiges Bedenken erregen könnte", ein neuer Impuls für die Staatsregierung, die totale Reform des Strafverfahrens möglichst zu beschleunigen. Was den Art. 5 angehe, so sey bezüglich der Stadt- und Landrichter eine Ausnahme schon darum unerläßlich, weil die ihnen beigegebenen Assessoren von dem Dirigenten die Geschäfte zugetheilt erhielten. Eine gleiche Ausnahme rechtfertige sich in Bezug auf die Mitglieder der Gerichtshöfe und den Justizminister; bei einer Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Strafverfahrens werde sich die Nothwendigkeit von Ausnahmen gleichfalls geltend machen, wobei indessen jeder Schein eines persönlichen Privilegs fern gehalten werden müsse.

Die kurze Berathung eröffnete der Freiherr v. Löw (früher Landgerichtsassessor) durch den Antrag, den Art. 5 des Gesetzesentwurfs zu streichen, da diese Ausnahmen sich nicht hinreichend rechtfertigen ließen und den Grundsatz verkümmerten. Der Regierungscommissär entgegnete, die Ausnahmen seyen nur darauf berechnet, das Interesse des Dienstes zu wahren, und führte dieses, auch in Bezug auf die Staatsprocuratoren, weiter aus. Der Abg. Görz (Advokat-*Anwalt in* Mainz) fügte hinzu, daß die *französische Gesetzgebung*, die alle Privilegien beseitigt

habe, diese Ausnahme für nothwendig erachtet hätte. In gleichem Sinne äußerte sich der Abg. Glaubrech. Der Abg. Köster (Berichtserstatter) hob die Stellung des Untersuchungsrichters hervor, der ohne alle Controle und Mitwirkung einer Staatsbehörde über den Angeschuldigten selbst Specialinquisition verhängen könne.

Die Kammer nahm mit 41 Stimmen gegen eine den Art. 5 des Gesetzesentwurfs, und einstimmig die übrigen Artikel desselben an.

Der von dem Freiherrn v. Münch-Bellinghausen (Mitglied des obersten Gerichts) der ersten Kammer erstattete Ausschußbericht erkannte „das durchaus Zeitgemäße eines solchen Gesetzes vollkommen an", sprach aber Zweifel darüber aus, ob es zweckmäßig sey, jetzt schon, vor der Prozeßgesetzgebung, mit der Aufhebung der privilegirten Gerichtsstände voranzuschreiten, und legte die Gründe dieses Bedenkens dar. Am Schlusse des Berichts heißt es: „Zu den Artikeln 4—7 finden wir nichts zu erinnern, und können insbesondere das gegen Art. 5 von einem Abgeordneten hervorgehobene Bedenken, daß dadurch wieder ein Privilegium geschaffen werde, nicht theilen, da, wie auch von mehreren Seiten geltend gemacht wurde, es sich hier lediglich von einer im dienstlichen Interesse liegenden Ausnahme handelt, in welcher Beziehung jedoch Ein Mitglied des Ausschusses abweichender Ansicht ist, welche dasselbe bei der Berathung hervorzuheben sich vorbehält. Wir beantragen sonach Zustimmung zu sämmtlichen Beschlüssen der andern Kammer."

Dieses Ausschußmitglied war Herr v. Breidenstein, der bei der Berathung erklärte, er sey mit dem Art. 5 nicht einverstanden, und hinzufügte: „Es ist nur ein Motiv für denselben angeführt, nämlich das dienstliche Interesse. Ich habe nachgeforscht, worin dieses bestehen soll, habe aber keine Auskunft finden können. Das

Interesse des Dienstes liegt darin, daß das Ansehen behauptet wird. Einem Landrichter gegenüber committirt man einen andern Landrichter. Was die Richtercollegien betrifft, so ist es ein Uebelstand, wenn in solchen Fällen inter pares gerichtet wird. Die Mitglieder sind auch nicht die Vorgesetzten des Landgerichts, sondern das Colleg. Ueberhaupt ist dieser Artikel eine außerordentliche Abweichung von dem, was man sonst mit dem Gesetzesentwurf will; er steht in einem wunderlichen Contrast mit dem Princip gleicher Unterordnung unter die Justiz, welchem man alle privilegirte Gerichtsstände aufgeopfert hat." Als Herr v. Hombergk den Art. 5 der Unvollständigkeit anklagte, indem auch die übrigen Minister genannt seyn müßten, auch die Räthe des Justizministeriums, hinsichtlich deren sich ähnliche Gründe geltend machten, stimmte ihm Herr v. Breidenstein bei, während der Berichterstatter und der Regierungscommissär (Herr v. Lindelof) entgegnete, der Gesichtspunkt des dienstlichen Interesses sey der maßgebende. Herr v. Schenck (Director des Finanzministeriums) erklärte, er werde auf Verwerfung des Artikels stimmen, ohne welchen das Gesetz mehr befriedigen werde. Freiherr v. Arens deutete darauf hin, daß der für den Artikel angeführte Grund zur Ausdehnung auf Civilsachen führen müßte, und meinte: „Will man die Privilegien aufheben, so mache man reine Bahn und nehme sie auch einem Jeden ohne allen Unterschied." In verwandtem Sinne äußerte sich noch Herr v. Hombergk und Freiherr v. Rabenau.

Die Kammer nahm den Gesetzesentwurf an, jedoch mit Ausnahme des so bekämpften Art. 5, gegen den sich 13 Stimmen gegen drei erklärten.

Nach Anhörung ihres Ausschusses, der vorschlug, den Artikel fallen zu lassen, *weil*, obgleich er ihn fortwährend *für gerechtfertigt halte*, dieser Artikel bei der nur

noch kurzen Herrschaft der bestehenden Gerichtsverfassung wenig praktisch seyn werde, ging die zweite Kammer mit 28 Stimmen gegen 7 von ihrem früheren Beschlusse ab.

So wurde der Gesetzesentwurf mit Ausscheidung dieses neuen Artikels zum Gesetz erhoben.

§. 8.

Gesetz vom 23. Februar 1849, einige Abänderungen an dem in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen bestehenden Strafprozeß für Civilpersonen betreffend.

In der Sitzung der zweiten Kammer am 2. Juni 1848 erschien der Justizministerialrath Emmerling als Regierungscommissär und legte folgenden Gesetzesentwurf vor: „Ludwig ꝛc. Da es wünschenswerth erscheint, aus dem bisher in Unseren Provinzen Starkenburg und Oberhessen für Civilpersonen bestandenen Strafprozeß auch schon vor Abfassung und Einführung einer vollständigen neuen Prozeßordnung einige wesentliche Gebrechen zu entfernen, so haben Wir mit Zustimmung Unserer getreuen Stände verordnet und verordnen wie folgt: Art. 1. Eine Untersuchung in Strafsachen hat für den Beschuldigten in so lange keine nachtheiligen staatsbürgerlichen oder bürgerlichen Folgen, als gegen denselben nicht ausdrücklich eine Specialinquisition erkannt ist[41]. Art. 2. Bei der Erkennung der Specialinquisition, oder, falls eine solche nicht besonders ausgesprochen wurde, vor dem Endurtheile und der demselben vorausgehenden Vertheidigung, muß das Gericht dem Angeschuldigten die Gattung des Vergehens oder Verbrechens, dessen er beschuldigt ist, mit den die Art desselben bestimmenden Umständen unter Hinweisung auf die einschlagen-

41) Vergl. meinen Beitrag zum ersten Band der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren. Karlsruhe 1841, S. 465—488: Zur Lehre von der General- und Special-Inquisition.

den Strafgesetze bezeichnen. Art. 3. Hat eine Untersuchung gegen einen Beschuldigten keine hinreichende Indicien oder Beweise ergeben, um auf Specialinquisition zu erkennen, oder sofort Endurtheil zu geben, so hat das Gericht den Beschluß zu fassen, daß kein Grund vorhanden sey, die Sache weiter zu verfolgen. Art. 4. In diesem Falle kann der Beschuldigte wegen derselben Thatsache nicht weiter zur Untersuchung gezogen werden, es sey denn, daß sich neue Anzeigen, bevor Verjährung eingetreten, wider ihn ergeben. Art. 5. Als neue Anzeigen werden betrachtet: Zeugenaussagen und Urkunden, welche dem Gericht früherhin unbekannt geblieben waren, gleichwohl von der Beschaffenheit sind, daß sie entweder die früheren Beweisgründe, welche zu schwach befunden wurden, erheblich verstärken, oder daß sie über die Thatumstände neue Aufklärungen geben, welche geeignet erscheinen die Wahrheit zu ermitteln. Art. 6. Nach erfolgter Erkennung der Specialinquisition, oder wenn, ohne daß diese vorausgegangen, Endurtheil in der Sache erlassen werden soll, können die Gerichte den Angeschuldigten nur entweder freisprechen oder verurtheilen. Die Absolution von der Instanz ist aufgehoben. Art. 7. Auf einen Reinigungseid kann nicht mehr erkannt werden. Art. 8. Wer durch ein Erkenntniß freigesprochen worden ist, kann wegen derselben Thatsache nie mehr in weitere strafrechtliche Untersuchung gezogen werden. Art. 9. Wider Erkenntnisse in Strafsachen finden Rechtsmittel innerhalb der bisherigen gesetzlichen Frist und unter Beobachtung der gesetzlichen Förmlichkeiten unter folgenden Bestimmungen statt: I. Appellationen: 1) gegen Urtheile der Untergerichte an die Mittelgerichte, wenn auf eine der im Art. 7 des Strafgesetzbuchs unter 1 bis 11 incl. bezeichneten Strafarten, oder auf 3 Gulden Geldstrafe oder darüber erkannt ist; 2) gegen Urtheile der Mittelgerichte an das Ghh. Ober-

appellations= und Cassationsgericht: a) wenn Jene in erster Instanz auf eine der in dem Art. 7 des Strafgesetzbuchs unter 1 — 11 incl. bezeichneten Strafarten, oder über neunzig Gulden Geldstrafe erkannt haben, b) wenn die Mittelgerichte in der Appellationsinstanz auf eine der in dem Art. 7 des Strafgesetzbuchs unter 1 — 10 incl. bezeichneten Strafarten, oder auf vierhundert Gulden Geldstrafe oder darüber erkannt haben. II. Richtigkeitsbeschwerden und zwar unbeschränkt durch irgend ein Strafmaß, in folgenden fünf Fällen: 1) wenn das Erkenntniß von einem unzuständigen oder sonst unfähigen Richter resp. Gericht erlassen worden ist; 2) wenn die Handlung, welche den Gegenstand der Untersuchung bildet, überhaupt nicht unter den Begriff eines Vergehens oder Verbrechens zu subsumiren ist, oder wenn diese Handlung, wiewohl an sich strafbar, sich doch nicht zur richterlichen Competenz eignet; 3) wenn eine Handlung zur Strafe gezogen wurde, welche nicht Gegenstand der Untersuchung gewesen war; 4) wenn wesentliche Formen der Untersuchung nicht beobachtet worden sind; 5) wenn dem Angeschuldigten die Vertheidigung abgeschnitten worden ist. III. Rechtsmittel der Restitution oder der weiteren Vertheidigung finden in allen Fällen nur statt, wenn zu deren Begründung neue Thatumstände und Beweise erbracht werden können — und dies auch blos dann, wenn eine Appellation überhaupt nicht, oder nicht mehr zulässig ist. Gegen Erkenntnisse, die auf Rechtsmittel der Restitution oder der weiteren Vertheidigung ergehen, sind diese Rechtsmittel nicht weiter statthaft, sondern nur Appellationen oder Richtigkeitsbeschwerden in den dazu geeigneten Fällen. Das bisherige Rechtsmittel der Revision in Strafsachen ist aufgehoben. Art. 10. In den höheren Instanzen kann die von dem Gerichte erster Instanz erkannte Strafe auch dann nicht verschärft werden, wenn der höhere Richter, in Folge einer Berufung des

Angeschuldigten, die Entscheidung des Unterrichters wegen Incompetenz vernichten und die Sache zur ersten Aburtheilung an sich ziehen würde."

Diesen Gesetzesentwurf begleitete der Regierungscommissär mit ausführlichen Motiven, im Wesentlichen dahin lautend: Für die „schweren Strafsachen" habe die Staatsregierung eben den Entwurf eines umfassenden Gesetzes wegen Einführung des öffentlich-mündlichen Strafverfahrens mit Schwurgericht in den beiden diesseitigen Gerichten vorgelegt. Würde derselbe zum Gesetz erhoben, so sey damit noch immer nicht die Rechtssprechung in den Formen des bisherigen Strafverfahrens ausgeschlossen, das „höchst drückende Mängel und Gebrechen", mit Recht der Gegenstand langjähriger lebhafter Klagen, an sich trage — Absolution von der Instanz — Reinigungseid — übergroße Beschränkung der Rechtsmittel[42]). Daher Absicht der Staatsregierung, diesen Gebrechen schon jetzt, vor Einführung einer umfassenden Strafprozeßordnung, durch ein Zwischengesetz abzuhelfen. In Bezug auf die Entfernung der Lossprechung von der Instanz komme es darauf an, vor Allem einen Abschnitt der Untersuchung zu bezeichnen, von dem an erst den Angeschuldigten nachtheilige bürgerliche oder staatsbürgerliche Folgen der Untersuchung treffen dürften, daneben aber den Grundsatz auszusprechen, daß bis dahin die Untersuchung, jedoch mit Vorbehalt der Wiederaufnehmung derselben beim Auftauchen neuer Anzeigen und Beweise, eingestellt werden könne.

---

42) Ein Beleg der Druckschrift: „Actenmäßige Darstellung der wider den Gemeinderath E. E. Hoffmann in Darmstadt anhängig gemachten Untersuchung wegen angeblicher Theilnahme an einer angeblich bei den Wahlen zum sechsten Grh. Hess. Landtag vorgefallenen, 17 Kr. betragenden Bestechung. Wörtlicher Abdruck der bei dem Grh. Hess. Oberappellations- und Cassationsgericht eingereichten Rechtfertigung der Nichtigkeitsbeschwerde und Appellation, Speyer 1836", und ihre Resultate.

Darum die Art. 1—6. Mit dem im Art. 1 Verordneten solle natürlich nicht ausgesprochen seyn, daß die Gerichte immer, auch in den einfachsten Sachen, dem Endurtheil die Erkennung der Specialinquisition vorangehen lassen müßten; dies sey ihrem Ermessen überlassen; nur der Grundsatz solle herrschen, daß eine Untersuchung, so lange sie stillschweigend in Specialinquisition übergehe, nie mehr deren Folgen nach sich ziehen könne. Der Art. 2 rechtfertige sich von selbst; bisher habe hierin eine Unsicherheit geherrscht, welche die Vertheidigung des Angeschuldigten in hohem Grade verkümmert habe [43]); der Vorbehalt der Art. 3 und 4 sey gegenüber der Verbannung der Freisprechung von der Instanz unentbehrlich, „damit nicht die Gerichte ohne Noth und genügenden Grund zu Endurtheilen hingedrängt würden, welche dem Anfangs unüberführt gebliebenen Verbrecher zum immerwährenden Schilde gegen neu auftauchende bessere Beweise dienen möchten"; die Beschaffenheit derselben als Bedingung der Wiederaufnahme der Untersuchung bestimme der Art. 5 in einer der französischen Criminalordnung entsprechenden Weise [44]). Der Art. 6 sey der Ausgang und Zweck der vorhergehenden Artikel und bedürfe keiner weiteren Begründung. Der Art. 7 sey die Anerkennung der längst erkannten Wahrheit, daß der Reinigungseid keinen Raum mehr im Strafverfahren einnehmen dürfe; das non bis in idem des Art. 8 sey ein von der neueren Gesetzgebung adoptirter Grundsatz. Zu den wesentlichsten Gebrechen des bisherigen Strafverfahrens habe die ungebührliche höchst inhumane Beschränkung der Rechtsmittel gehört [45]). Der

43) Ich kann dies aus vielfacher Erfahrung bezeugen.

44) S. Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren, Vierte Aufl. Th. 2. §. 206, S. 638, 639. Vergl. noch Thilo, Strafprozeßordnung für das Großherz. Baden, Karlsruhe 1845, S. 257, 258.

45) S. Mittermaier a. a. O. S. 613, Note 35 zu §. 201.

Appellation, nicht mehr an den Beweis der vollen Unschuld geknüpft, sey im Art. 9 ein weiter Spielraum gegeben, so daß nunmehr das Rechtsmittel der Revision keinen Stoff habe. Was die Nichtigkeitsbeschwerde betreffe, so zeige die Landesgesetzgebung Lücken, welche die Praxis habe ausfüllen müssen; das so Festgestellte sey unter II. 1—5 aufgeführt; die Rechtsmittel der Restitution resp. der weiteren Vertheidigung seyen zurückgeführt auf die Grenzen des bestehenden Rechts, die zu überschreiten oft versucht worden sey; der Art. 10 rechtfertige sich durch die Betrachtung, daß das Institut des Staatsanwalts fehle und so auch den höheren Gerichten nicht die Befugniß eingeräumt werden könne, auf eine schwerere Strafe zu erkennen.

Der durch den Abg. Köster erstattete Ausschußbericht erklärte sich mit der Staatsregierung darin einverstanden, daß man Abhülfe leisten, sich aber auf die beschränken müsse, die ohne tief eingreifende Reformen des Bestehenden möglich sey, und verbreitete sich dann zuerst auf die Art. 1—8 des Gesetzesentwurfs. Er erkannte an, daß man über die totale Verwerflichkeit des Reinigungseides [46])

---

46) Der Reinigungseid hatte sich in Hessen zuerst durch die Praxis eingebürgert. Bei Malcomesius, Observationes practicae fori hassiaci, Francof. 1667, findet sich P. IV, Obs. 10, überschrieben: In causis etiam criminalibus, ubi indicia ad torturam sufficientia desunt, obtinet juramentum purgationis, ein Bescheid vom Jahr 1627, des Inhalts: Wird Peinlich Beklagter einen leiblichen Eid — schweren, daß die Büchse ohn einigen Vorsatz und über all sein Verschulden und Verwahrlosen ab und loß gegangen, sol er darin gehört werden und ferner darauf geschehen, was recht ist. — Diese Praxis ward später zum Gesetz erhoben. Die Criminalordnung v. J. 1726 verordnet im Tit. XVI, überschrieben: Von der Tortur und peinlichen Frage, wie auch von dem Reinigungs-Eyd ꝛc., §. 17: „Wann nach Beschaffenheit des Verbrechens, oder deren Indiciorum, anstatt würklicher Tortur oder Territion mit derselben der Reinigungs-Eyd, oder auch, falls noch einiger metus perjurii vorhanden wäre, die Territion mit diesem statt habe,

in der Theorie längst einig sey [47]); die Anwendung dieses Wahrheitserforschungsmittels führe nach der Erfahrung nur zu häufig zum Meineid und sey nach dem noch herrschenden Prozeßrecht um so drückender, als ein auf diesen Eid erkennendes Erkenntniß nur durch die Richtigkeitsbeschwerde angefochten werden könne [48]), während die Verweigerung desselben unbedingt zur Verurtheilung führe. Weiter erkannte der Ausschußbericht an, daß über die Verwerflichkeit des Instituts der Freisprechung von der Instanz [49])

---

kommt auf vernünftiges Ermessen eines jeden Richters dergestalten an, daß deshalben nicht wohl einige Regul zu setzen ist." Die Praxis bildete sich dahin aus, daß nur dann dem Angeschuldigten der Reinigungseid zuerkannt werden solle, wenn es sich nicht von einem schweren Verbrechen handle. Beispiele: Mein Beitrag zum 34. Band der Annalen der Criminalrechtspflege, Altenburg 1846, S. 122—124: Versuchter Betrug eigner Art, und: meine Mittheilungen, Th. 4. Darmstadt 1831, S. 113—117. Gleiches z. B. im Herzogthum Braunschweig, s. Scholz, Abriß der Gerichtsverfass. u. d. Verfahrens in Strafsachen im Herzogth. Braunschweig. Altenburg 1841, S. 62.

47) Im Allgemeinen, auch in geschichtlicher Beziehung, Bezug auf Mittermaier, Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafverfahren. Darmst. 1834, S. 483—486. Derselbe, Das deutsche Strafverfahren, Vierte Aufl. Th. 2. Heidelberg 1846, §. 184: Gebrauch des Eides als Beweismittel in Strafsachen, wo der Verf. S. 492—504 vom Reinigungseid handelt. Müller, Lehrbuch §. 163. Heffter, Lehrb. d. Criminalrechts, 3. Aufl. 1846, §. 650.

48) Nach der Rechtssprechung Großh. Hofgerichts in Darmstadt ist gegen ein Zwischenerkenntniß in Strafsachen, besonders gegen ein auf den Reinigungseid erkennendes, kein Rechtsmittel zulässig, weil ein solches Zwischenurtheil nach gemeinem Recht nicht in Rechtskraft übergeht, in Hessen vor dem Jahr 1803 überhaupt keine Rechtsmittel in Strafsachen statthaft waren und die seitdem statthaften ein Urtheil verlangen, welches eine Strafe ausspricht; dagegen ist eine sogenannte außergerichtliche Beschwerde zulässig; s. Anwalt-Zeitung, Jahrgang 1845, S. 148—152: Rechtskraft von Zwischen-Urtheilen in Strafsachen &c.

49) Auch die Freisprechung von der Instanz hatte sich durch die Praxis in Hessen eingeführt; s. z. B. Malcomesius l. c. *Obs. 57:* Reus, qui criminis indicia per torturam purga-

ein Streit mehr obwalte [50]); sie brandmarke den Angeschuldigten für immer in der öffentlichen Meinung und habe für ihn nach dem Gesetz vom 28. September 1842 den Nachtheil, daß ihm, mit Ausnahme einiger Vergehen, die Möglichkeit, als Landtagsabgeordneter zu erscheinen, entzogen sey [51]); übrigens verlange die Gerechtigkeit, daß die Staatsbürger, gegen welche solche Erkenntnisse vorlägen, an dem Makel jenes Gesetzes, den nach der Praxis nicht einmal der Ablauf der Verjährungszeit tilgen könne [52]), befreit

---

vit, ab instantia absolvendus est. Zum Beleg werden zwei Erkenntnisse der Jahre 1618 und 1633 mitgetheilt — „daß Peinlich Beklagter auf Erfordern des Wiedereinstellens von diesem Gerichtsstand zu absolviren und gegen genugsame Caution und Urpheden der Hafften zu erlassen sey" rc. — S. 103, 104 des 42. Bandes der Annalen der Criminalrechtspflege, Altenburg 1848, theilte ich einen Bericht der Juristenfacultät zu Marburg v. J. 1645 an den Landgrafen Georg II. mit, aus dem hervorgeht, daß sie einen Angeschuldigten theils zu einer „extraordinari straff" verurtheilten, theils, wegen Mangels genügenden Beweises „nur von diesem Gerichtsstand" absolvirten. Meine Mittheilungen, Th. 6, S. 210 fg.: Lossprechung von der Instanz. Verurtheilung des so Losgesprochenen in die Kosten rc.

50) Im Allg. Bezug auf Mittermaier a. a. O. §. 193: Lossprechung von der Instanz. Ellen, Das Entbinden von der Instanz. Ein Beitrag zur Geschichte der Gesetzgebung des deutschen Strafverfahrens. Tübingen 1846.

51) Breidenbach, Commentar, Bd. 1. Abth. 2, S. 698—700. Mittermaier, Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung rc. Zweiter Beitrag, S. 194—196. Der Verfasser hebt hervor, daß schon bei der Berathung des Entwurfs dieses Gesetzes in der zweiten Kammer das Institut der Entbindung von der Instanz mit seiner Härte, obwohl fruchtlos, angefochten worden sey.

52) S. Wörtlicher Abdruck der neueren Eingaben und Erlasse in den wider den Gemeinderath Ernst Emil Hoffmann in Darmstadt anhängigen Untersuchung wegen Theilnahme an einer angeblich bei den Wahlen zum sechsten Großh. Hessischen Landtage vorgefallenen, 47 Kr. betragenden Bestechung. München 1845, und die Betrachtung dieser Schrift S. 200—223 des Jahrg. 1845 der Anwalt-Zeitung (aus der Feder des verstorbenen Advokaten H. K. Hofmann in Darmstadt). — Die *neueste Entscheidung* des Großh. Hess. Oberappellations- und

würden. Der Ausschuß verweilte hierauf vorzugsweise noch bei dem Art. 1 des Gesetzesentwurfs, indem er sich, um dessen Zweckmäßigkeit beurtheilen zu können, über das bisherige Verfahren und namentlich darüber verbreitete, welche Bewandtniß es mit der Specialinquisition habe. Nachdem der Ausschußbericht noch die Zweckmäßigkeit des Art. 2 anerkannt hatte, namentlich auch darum, weil die Erkennung der Specialinquisition ganz allgemein gehalten zu werden pflege, indem die Gerichte es geflissentlich vermieden, durch eine Specialisirung der Anschuldigungspunkte dem Endurtheil zu präjudiciren, sowie darum, weil in demselben auch solche Anschuldigungspunkte berücksichtigt würden, die dem Angeschuldigten nicht ausdrücklich als solche bezeichnet worden seyen, woraus sich namentlich der Uebelstand ergebe, daß die Defensoren oft im Zweifel seyen, ob sie auf diesen oder jenen Punkt die Vertheidigung ausdehnen sollten, schloß der Ausschuß mit dem Antrag, die Art. 1—8 unverändert anzunehmen, nur dem Art. 6 den Zusatz zu geben: „In Ansehung der bereits erlassenen, auf

---

Cassationsgerichts in Darmstadt nebst den Entscheidungsgründen in der wider den früheren Abgeordneten E. E. Hoffmann in Darmstadt anhängig gewesenen Untersuchung wegen Theilnahme ꝛc. kritisch beleuchtet. Eine Erörterung der Frage über die rechtlichen Wirkungen der Verjährung nach erkannter Entbindung von der Instanz, mit Bezug auf die im Großherzogthum Hessen bestehende Gesetzgebung. Mannheim 1846. Anwalt-Zeitung, Jahrg. 1847, S. 177—184, 193—197: Muß der im Criminalprozesse Angeklagte auf Grund der Verjährung des Verbrechens oder Vergehens, insbesondere auch nach stattgehabter Lossprechung von der Instanz, durch ein Erkenntniß freigesprochen worden? Dieses Archiv Jahrg. 1846, S. 473 fg.: Beitrag zur Lehre über die Wirkung der Verjährung im Strafrecht, nebst einem Anhang über das Verhältniß dieser Lehre zu den Bestimmungen verschiedener deutscher Verfassungsurkunden über die Wahlfähigkeit eines Angeschuldigten zum Kammermitglied. Von Adv. Kraus in Darmstadt. S. auch noch dieses Archiv, Jahrg. 1842, S. 199 fgg.: Zachariä, Bemerkungen zur Lehre von der Verjährung der Verbrechen.

Absolution von der Instanz lautenden Erkenntnisse hört die nachtheilige Folge auf, welche in Beziehung auf Landtagsfähigkeit der Art. 4 des Gesetzes vom 28. September 1842 damit verbindet."

Uebergehend zu dem Art. 9 des Gesetzesentwurfs äußerte sich der Ausschußbericht im Wesentlichen dahin: Das Organisationsedict vom J. 1803 gestatte zwei Rechtsmittel, die Appellation und die Revision, die erstere für das Darthun völliger Unschuld [53]), die letztere zur Erlangung besseren Rechts; erstere erfordere, wenn sie gegen ein unterrichterliches Erkenntniß gerichtet werde, daß es mehr als drei Tage bürgerlichen Arrestes zuerkenne, wenn gegen ein hofgerichtliches Erkenntniß, daß dasselbe mehr als bürgerlichen Arrest ausspreche (nach der Praxis werde eine Gefängnißstrafe von 15 Tagen noch als eine bürgerliche Arreststrafe angesehen und eine Geldstrafe von einem Gulden einem Tag Gefängniß gleich gerechnet); letztere (die Revision) sey gegen ein untergerichtliches Urtheil nur dann statthaft, wenn es eine mehr als achttägige Gefängnißstrafe zuerkenne, gegen ein hofgerichtliches Erkenntniß sogar nur dann, wenn darin eine Zuchthausstrafe von zwei Jahren oder eine gleichgroße Strafe, namentlich Dienstentsetzung, ausgesprochen sey (seit der Ausbildung der Correctionshausstrafe stehe diese in sofern der Zuchthausstrafe gleich); es sey erstaunlich, daß eine solche Gesetzgebung mit ihrem auf einem fehlerhaften Princip beruhenden Unterschied zwischen Appellation und Revision sich so lange habe erhalten können.

Der Ausschuß erklärte sich im Allgemeinen mit dem Art. 9. pos. I. einverstanden, mit Ausnahme der Geldstrafe

53) Nach der Rechtssprechung des obersten Gerichts kann dieser Beweis auch durch den Reinigungseid erbracht werden, in sofern derselbe nach der Individualität des Falles und der *Person, sowie nach* Lage der Untersuchung als zulässig *erscheint.*

unter 2 a und b (15 Gulden statt 90, und 90 Gulden statt 400).

Auch hinsichtlich der pos. II. erklärte sich der Ausschuß einverstanden. Da die Landesgesetzgebung über die Richtigkeitsbeschwerde schweige, so habe die Praxis, bei der Dürftigkeit des gemeinen Rechts, hauptsächlich auf die Doctrin hingewiesen[54]), im Ganzen die Grundsätze befolgt, die der Gesetzesentwurf adoptirt habe; er empfehle diese Bestimmungen, wenngleich die unter 4 und 5 etwas vag seyen.

Ebenso fand der Ausschuß bei der pos. III. (Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung, das hier eine andere Bedeutung habe, wie in der Doctrin des gemeinen Rechts und der Restitution) nichts Wesentliches zu erinnern.

Dem Eingang des Art. 9 gegenüber, wonach hinsichtlich der Rechtsmittel die bisherigen Fristen und Formalitäten fortbestehen sollten, stellte der Ausschuß einen Antrag auf bestimmte Zusätze.

Die Betrachtung des Art. 10 führte den Ausschuß zu folgendem Vortrag: „Dieser Artikel scheint dem Ausschuß bedenklich. Darüber, daß nach gemeinem Recht rechtsbeständige Urtheile in höherer Instanz nicht zum Nachtheil des Angeschuldigten abgeändert werden können, ist man in der Theorie ziemlich einig, wiewohl in neuerer Zeit manche Stimmen für die entgegengesetzte Ansicht sich erhoben haben[55]). Mehr Streit herrscht darüber, ob der Staat nichtige Urtheile zum Nachtheil der Angeschuldigten anfechten könne?[56]) Was die Praxis unserer

54) Abegg, Lehrbuch des gemeinen Criminalprozesses ꝛc. Königsb. 1833, §. 188, S. 324—326. Heffter, Lehrb. §. 688. Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren, 4te Aufl. Th. 1. S. 224 fg. Th. 2. §. 204: Nichtigkeitsbeschwerde.

55) Vergl. Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren, 4te Aufl. Th. 2, S. 623—625.

56) Vergl. Mittermaier a. a. O. Th. 1. §. 57: Unzuständigkeit, S. 391 fg.

Gerichte anbelangt, so steht es fest, daß ein zu Recht bestehendes Urtheil vom oberen Richter nicht verschärft werden kann, und ebenso gewiß ist es, daß der höhere Richter nicht jede Nullität eines Urtheils Namens des Staates zum Nachtheil des Angeschuldigten geltend machen kann. Dagegen haben die Obergerichte sich stets für befugt gehalten, ein unterrichterliches Urtheil zu cassiren, die Sache an sich zu ziehen und ohne alle Rücksicht auf dessen Inhalt, was Rechtens, zu erkennen, wenn das Untergericht in die Competenz des Obergerichts eingegriffen hatte [57]). Der Ausschuß glaubt, daß man diesen Grundsatz und zwar gerade darum, weil wir keinen Staatsanwalt haben, der die Rechte des Staats gegen solche Competenzüberschreitungen zu wahren hat, aufrecht erhalten sollte, indem es sonst in der Macht der Untergerichte läge, die schwersten Verbrechen vor ihr Forum zu ziehen. In diesem Falle wenigstens sollte man den Obergerichten, als oberaufsehenden Behörden, die Befugniß zugestehen, die Rechte des Staats auch gegen Erkenntnisse von Amts wegen zu wahren, mag das betreffende Urtheil durch ein von dem Angeschuldigten ergriffenes Rechtsmittel oder sonst zu ihrer Kenntniß gelangt seyn. Da nun das in dem Art. 10 ausgesprochene Princip im Allgemeinen von der Praxis anerkannt, eine Ausnahme nur in jenem einen Fall gestattet und sie vom Interesse des Staats gefordert wird, so dürfte sich das Vorgeschlagene als entbehrlich und so als nicht empfehlenswerth darstellen und der Artikel zu streichen seyn."

---

57) Einen solchen Fall theilte ich S. 45 fg. des ersten Bandes der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Kurfürstenthums und Großherzogthums Hessen und der freien Stadt Frankfurt, Darmstadt 1834, mit. Das Landgericht L. erkannte in einer Untersuchungssache wegen Incestes durch Verurtheilung in Correctionshausstrafe. Großh. Hofgericht in Darmstadt *cassirte das* Erkenntniß wegen Incompetenz des *Landgerichts und erließ* Urtheil.

Der so begutachtete Gesetzesentwurf verwandelte sich, nach mehrfachen Verhandlungen in den beiden Kammern und zwischen denselben, in das Gesetz vom 23. Febr. 1849, des Inhalts:

Ludwig III. 2c. Nachdem Wir in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen durch Unser Gesetz vom 28. October 1848 für die zur Competenz der Assisen verwiesenen Verbrechen das geeignete Verfahren angeordnet haben, finden Wir uns bewogen, aus dem Strafprozeß für Civilpersonen hinsichtlich der übrigen Straffälle auch schon vor Einführung einer vollständigen neuen Prozeßordnung einige wesentliche Gebrechen zu entfernen. Wir haben daher, mit Zustimmung Unserer getreuen Stände, verordnet 2c. Art. 1 (wie der Entwurf). Art. 2. Bei der Erkennung der Specialinquisition, oder, falls eine solche nicht besonders ausgesprochen würde, vor dem Endurtheile und der demselben vorausgehenden Vertheidigung muß das Gericht dem Angeschuldigten, bei Vermeidung der Nichtigkeit des verurtheilenden Erkenntnisses[58]), das Vergehen oder Verbrechen, dessen er beschuldigt ist, unter Hinweisung auf die einschlagenden Strafgesetze bezeichnen[59]). Art. 3 (wie der Ent-

58) Bei der Berathung in der zweiten Kammer stellte der Abg. Wolhard den Antrag, diese Nichtigkeit anzudrohen, da es für den Angeschuldigten höchst wichtig sey, zu erfahren, wessen er beschuldigt sey, indem er sich sonst nicht gehörig vertheidigen könne; jene Bezeichnung vertrete die Anklageacte. Der Abg. Köster (Berichtserstatter) erachtete das Vorgeschlagene als sich von selbst verstehend. Nach einer weiteren kurzen Berathung erhob die Kammer den Antrag einstimmig zum Beschlusse. Auch der durch den Freiherrn v. Münch-Bellinghausen (Mitglied des obersten Gerichts) der ersten Kammer erstattete Ausschußbericht erklärte sich für das Amendement, gegen das indessen die Kammer selbst sich mit Stimmenmehrheit erklärte. Erst nachdem die zweite Kammer bei ihrem Beschlusse beharren zu wollen erklärt und der Ausschuß wiederholt auf Anschluß angetragen hatte, erfolgte der Beitritt.

59) *Der Ausschuß* der ersten Kammer hatte sich über Art. 2 des *Entwurfs u. A.* dahin ausgesprochen: Diese Mittheilung

wurf). Art. 4. In diesem Falle kann der Beschuldigte wegen der nämlichen That nicht weiter zur Untersuchung

---

werde, wie der der zweiten Kammer erstattete Ausschußbericht hervorgehoben, allerdings von dem urtheilenden Gericht ausgehen müssen, weil nur dieses zu beurtheilen habe, welche Gattung von Delict in der Handlung, die Gegenstand der Untersuchung, zu finden sey; es würde jedoch den Angeschuldigten selbst benachtheiligen, wenn man dieser Bestimmnng wegen der Worte „mit den die Art desselben bestimmenden Umständen unter Hinweisung auf die einschlagenden Strafgesetze" die Auslegung geben wollte, als müßte die Mittheilung in den Reat der Handlung und auf die die Größe der Strafe sich beziehenden Momente und Gesetze eingehen; denn dann würde, wenn Untersuchung und Aburtheilung verschiedenen Gerichtsbehörden zustehe, ein gründliches Studium der Untersuchungsacten erfordert und die Aburtheilung verzögert und dem Angeschuldigten doch kein Vortheil gewährt. Zugleich mit Hinblick auf die beantragte Androhung der Nichtigkeit des Erkenntnisses, die genaue Bezeichnung des Sinns nöthig mache, „weil nur hierdurch vielfachen Nullitätsquerelen der Anwälte vorgebeugt werden" könne, trug der Ausschuß darauf an, nur zu sagen: „muß das Gericht dem Angeschuldigten das Verbrechen oder Vergehen, dessen er beschuldigt ist, unter Hinweisung auf die einschlagenden Strafgesetze bezeichnen." — Bei der Berathung gab Herr v. Hombergk der Fassung des Entwurfs: „die Gattung des Verbrechens ꝛc." den Vorzug vor der Fassung des Ausschusses; daher Beibehaltung jener Fassung mit dem Strich der Worte: „mit den" bis „Umständen". Wenn der Untersuchungsrichter, bei Strafe der Nichtigkeit, den Rechtsbegriff des Verbrechens speciell bezeichnen solle, so würden häufige Anfragen bei dem vorgesetzten Gewicht und dadurch Verzögerungen und sonstige Inconvenientien hervorgerufen; die Feststellung des strafrechtlichen Begriffs einer That werde oft zweifelhaft und namentlich beim Beginn der Untersuchung oft nicht möglich seyn; daher dringende Nothwendigkeit so genereller Bezeichnung, wie sie ohne Beeinträchtigung der Rechtsvertheidigung möglich erscheine. Der Berichterstatter entgegnete, der Ausschuß habe dieses im Auge und wolle darum die Beseitigung des Wortes: „Gattung"; darunter könne nämlich z. B. verstanden werden, als müsse bei Diebstahl noch näher angegeben werden, ob einfacher oder ausgezeichneter. Der Kanzler Dr. Birnbaum bestätigte dieses mit dem Zusatze, daß er zunächst im Ausschusse diesen Punkt hervorgehoben habe; es geselle sich noch die theoretische Schwierigkeit hinzu, die in der Frage bestehe, ob bei gewissen Verbrechen, z. B. der Tödtung, überhaupt ein Gattungsbegriff angenommen werden könne, worüber unter den Leh-

gezogen werden, es sey denn, daß sich neue Belastungsgründe wider ihn ergäben. Art. 5. Als neue Belastungsgründe werden Zeugenaussagen, Urkunden und Ueberführungsstücke betrachtet, welche dem Gerichte früher zur Prüfung nicht vorgelegt werden konnten, jedoch geeignet sind, entweder die vorhandenen Beweise zu verstärken, oder über die Thatumstände neue zur Ermittelung der Wahrheit dienliche Aufklärungen zu geben [60]). Art. 6 (wie der Ent-

---

rern des gemeinen Rechts, an welches das Strafgesetzbuch sich doch lehne, Streit. Herr v. Arens meinte, es genüge, wenn dem Angeschuldigten das Delict seinem factischen Bestande nach bekannt gemacht werde; ihm und seinem Vertheidiger sey es überlassen, dasselbe unter die Gattung und die Artikel des Gesetzbuchs zu subsumiren, welche auf die den Gegenstand der Untersuchung bildende That angewendet oder nicht angewendet werden könnten. — Der Grh. Regierungscommissär (Ministerialrath v. Lindelof) deutete darauf hin, daß nach dem die Grundlage des Gesetzesentwurfs bildenden gemeinen Recht dem richterlichen Ermessen Vieles überlassen sey, daher auch die Folge genügender Bezeichnung des Delicts und des entsprechenden Strafgesetzes. — Die Kammer nahm den Art. 2 des Entwurfs unter der Bedingung an, daß die Worte: „mit den die Art desselben bestimmenden Umständen", wegfallen. Die zweite Kammer trat diesem Beschlusse in soweit bei, als diese Worte gestrichen werden sollten, nicht aber in sofern, als es heißen solle: „die Gattung des Verbrechens und Vergehens", indem sie den Antrag des Ausschusses der ersten Kammer adoptirte; aus der ausführlichen Discussion ergiebt sich, daß sie die bloße Bezeichnung der Gattung des Delicts für zu allgemein erachtete. Der weitere Bericht des Ausschusses der ersten Kammer trug darauf an, diese möge, um einen gemeinschaftlichen Beschluß zu erzielen, den mit dem Beschlusse der zweiten Kammer übereinstimmenden Vorschlag ihres Ausschusses annehmen, was auch einstimmig geschah. — Vergl. v. Jagemann, Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde. Frankfurt 1838, §. 278, S. 308, 309.

60) In Bezug auf die Art. 3—5 des Gesetzesentwurfs beschränkten sich die Stände darauf, die Staatsregierung zu ersuchen, bei der definitiven Redaction darauf Bedacht zu nehmen, daß die Fassung derselben den mit ihnen im Wesentlichen übereinstimmenden Artikeln 81, 89—91 des Gesetzes *wegen Einführung* des öffentlich-mündlichen Strafverfahrens *mit Schwurgericht* angepaßt werde.

wurf, nur mit dem Zusatz[61]): In Ansehung der bereits erlassenen, auf Absolution von der Instanz lautenden Erkenntnisse hört die nachtheilige Folge auf, welche in Beziehung auf Landtagsfähigkeit der Art 4 des Gesetzes vom 28. September 1842 mit dieser Absolution verbindet). Art. 7 (wie der Entwurf). Art. 8 (wie der Entwurf, nur mit dem Unterschiede, daß es statt „wegen derselben Thatsache" heißt „wegen der nämlichen That." Art. 9. Wider Erkenntnisse in Strafsachen finden Rechtsmittel unter folgenden Bestimmungen statt: I. Appellationen: 1) gegen Urtheile der Untergerichte an die Mittelgerichte, wenn auf eine der im Art. 7 des Strafgesetzbuchs unter 1—11 bezeichneten Strafarten[62]) oder auf drei Gulden Geldstrafe oder darüber erkannt ist; 2) gegen Urtheile der Mittelgerichte an das Großh. Oberappellations- und Cassationsgericht: a) wenn jene in erster Instanz auf eine der in dem Art. 7 des Strafgesetzbuchs unter 1—11 incl. bezeichneten Strafarten, oder über funfzehn Gulden Geldstrafe erkannt haben; b) wenn die Mittelgerichte in der Appellationsinstanz auf eine der in dem Art. 7 des Strafgesetzbuchs unter 1—10 incl. bezeichneten Strafarten, oder auf eine Geldstrafe von einhundert Gulden oder mehr[63]) erkannt haben (der weitere Inhalt ist dem Ent-

61) Diesen, wie oben bemerkt, von dem Ausschusse der zweiten Kammer vorgeschlagenen Zusatz nahmen die beiden Kammern an. In der ersten Kammer ergab sich darüber keine Discussion. Der Regierungscommissär deutete nur darauf hin, daß der Entwurf des Wahlgesetzes hiervon handle. Das inzwischen publicirte Wahlgesetz macht die Unfähigkeit von rechtskräftiger Verurtheilung zu einer bestimmten Strafe abhängig.

62) Von der Todesstrafe herab bis zu bürgerlichem Gefängniß. Die Strafen unter 12 und 13 sind Geldstrafe und gerichtlicher Verweis.

63) Beide Kammern hatten den oben gedachten Antrag des Ausschusses der zweiten Kammer adoptirt, nur die Summe von 90 Gulden auf *100 erhöht*, um mit einem andern Gesetz auf *gleiche Linie zu kommen.*

wurfe gleichlautend, nur daß den fünf Richtigkeitsfällen der bereits im Art. 2 aufgeführte beigezählt ist). Art. 10. Die Rechtsmittel der Appellation und Nichtigkeitsbeschwerde müssen bei dem Gericht, welches das beschwerende Erkenntniß erlassen hat, binnen zehn Tagen angezeigt und, je nachdem sie gegen ein Untergerichts- oder gegen ein Hofgerichts-Erkenntniß gerichtet sind, binnen vier, beziehungsweise sechs Wochen, vom Tage des Ablaufs der zehntägigen Einwendungsfrist an gerechnet, gerechtfertigt werden. Ist das beschwerende Erkenntniß von einem Untergericht erlassen worden, so können die Beschwerden auch mündlich zu Protokoll gegeben werden. Aus erheblichen Gründen findet eine Erstreckung der Rechtfertigungsfrist statt. Ueber Fristgesuche und Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Einwendungs- und Rechtfertigungsfrist entscheidet das Gericht, welches das angegriffene Erkenntniß erlassen hat. Das Gericht, gegen dessen Erkenntniß das Rechtsmittel der Appellation oder Nichtigkeitsbeschwerde verfolgt wird, hat die Beschwerdeschrift, beziehungsweise das die Beschwerden enthaltende Protokoll nebst den Acten längstens binnen 8 Tagen an den höheren Richter zur Entscheidung einzusenden. Art. 11. Die Entscheidung über die Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung oder der Restitution steht dem Gericht zu, welches in erster Instanz entschieden hat [64]). Für den Fall, daß der höhere Richter abän-

---

64) In dem Art. 10 und diesem ersten Satz des Art. 11 bestehen die von dem Ausschusse der zweiten Kammer vorgeschlagenen und von den Kammern angenommenen Zusätze zu dem Art. 9, deren oben im Allgemeinen gedacht ist. Der Ausschuß hatte zur Begründung seines Vorschlags vorgetragen: Nach dem Eingang des Artikels sollen für die Rechtsmittel die dermalen bestehenden Vorschriften über Fristen und Formalitäten in Kraft bleiben. In Beziehung auf Appellation, Revision und Nullitätsbeschwerden galten nach einer Verordnung v. J. 1810 die Vorschriften über die Rechtsmittel in Civilsachen.

dernd erkannt hat, wird die Entscheidung über die Rechtsmittel der Restitution und weiteren Vertheidigung an diesen höheren Richter verwiesen. Art. 12. Wird ein nicht devolutives Rechtsmittel mit einem bei dem höheren Richter zu verfolgenden (devolutiven) Rechtsmittel verbunden, so erstreckt sich die Competenz dieses höheren Richters ausnahmsweise auch auf jenes Rechtsmittel. Letzterer kann indessen, wenn er das devolutive Rechtsmittel aus formellen oder materiellen Gründen verwirft, das nicht devolutive Rechtsmittel zur Entscheidung an den Richter voriger Instanz verweisen.

---

mit Ausnahme der Bestimmungen über die Verlustgelder. Diese Vorschriften sind an sich unzweckmäßig und müssen um so mehr beseitigt werden, als sie sogar für Civilsachen nach dem Entwurfe eines Gesetzes einige Abänderungen des civilgerichtlichen Verfahrens betreffend, aufgehoben und durch andere, ein einfacheres Verfahren bezweckende Vorschriften ersetzt werden sollen. (Dieser Entwurf gedieh auch zum Gesetz.) Es würden hiernach auch für die Rechtsmittel in Strafsachen jenem Gesetzesentwurf nachgebildete Bestimmungen zu treffen seyn. Auch wäre es wohl zweckmäßig, ausdrücklich zu bestimmen, daß die Rechtsmittel der Restitution und weiteren Vertheidigung nicht devolutive Rechtsmittel seyen. — Den Art. 12 nahmen die Kammern an auf den Vorschlag des Ausschusses der ersten Kammer, der sich dahin ausgesprochen hatte: Der Absicht des Gesetzes dürfte es entsprechen, auch zu bestimmen, wie es gehalten werden solle, wenn ein nicht devolutives Rechtsmittel mit einem devolutiven verbunden werde, z. B. die Restitution mit der Appellation oder Nichtigkeitsbeschwerde; nach dem Grundsatze des Prozeßrechts, daß das devolutive Rechtsmittel das nicht devolutive nach sich ziehe, müßten beide bei dem höheren Richter verfolgt werden; nur müsse dann auch, im Einklang mit dem Gesetze über den Devolutiveffect des Rechtsmittels der Restitution in Civilsachen, dem höheren Richter gestattet seyn, dann, wenn er das devolutive Rechtsmittel verwerfe, das nicht devolutive an den Richter voriger Instanz zu verweisen. — Den zweiten Satz des Art. 11 nahmen die Kammern an auf Anregung des Herrn v. Hombergk, der es nicht für passend erachtete, von dem Grundsatz des gleichen civilprozessualischen Gesetzes, wonach gegen abändernde Erkenntnisse bei dem Oberrichter Restitution nachgesucht werden müsse, in Strafsachen abzuweichen.

§. 9.

Gesetz vom 11. April 1849 wegen Aufhebung der Todesstrafe. [65])

Als am 22. April 1839 den Ständen der Entwurf des Strafgesetzbuchs vorgelegt wurde, zeigte sich, daß die Staatsregierung sich entschlossen habe, auch die Todesstrafe noch vorzuschlagen. So erhebend auch die Hoffnung sey, — so sprach sich der Regierungscommissär in seinem begleitenden Vortrag aus — daß eine Zeit kommen werde, in welcher Todesstrafe zur Antiquität geworden, so würde doch deren Verbannung der gewagteste Versuch einer Gesetzgebung seyn; nur eine Schärfung derselben weise das Jahrhundert zurück, während die Humanität die Spärlichkeit des Gebrauchs gebiete [66]). Der Bericht der vereinigten Ausschüsse beider Kammern äußerte sich in verwandtem Sinne und beantragte die Beibehaltung der Todesstrafe. Als Gegner derselben setzte ich meine letzte Hoffnung darauf, daß sich in der zweiten Kammer Stimmen für die Verbannung einer Strafart erheben würden, gegen die sich schon vor so vielen Jahren die edelsten Geister — ich nenne nur Beccaria — erhoben hatten. Ich fand mich daher, als der furchtbare Art. 9 des Gesetzesentwurfs zur Berathung kam, auf der Galerie der Kammer ein. Wie groß war aber meine Täuschung. Die kurze, nicht tief eingehende Discussion ließ keine Stimme

65) Im Allg. Bezug auf die Darlegung Mittermaier's im Jahrg. 1840 und 1841 dieses Archivs: Die Todesstrafe nach dem neuesten Stande der Ansichten in England, Nordamerika etc. über die Aufhebung dieser Strafart; und die neueste Auflage von Feuerbach's Lehrbuch. Gießen 1847, veranstaltet von Mittermaier, §. 145.

66) Gleiche Stimmen erhoben sich z. B. im Niederländischen Ständesaal; s. den genannten Beitrag des Advokaten Baumhauer in Utrecht zum 19. Band der Zeitschrift für Rechtswissensch. u. Gesetzgeb. d. Ausl. S. 76. Nur wenige Stimmen widersetzten sich der Todesstrafe.

gegen die Todesstrafe auftauchen (nur ein Abgeordneter fragte schüchtern, ob man nicht Deportation der Todesstrafe an die Seite setzen solle); alle Abgeordnete erachteten sie für ein nothwendiges Uebel, und beide Kammern erklärten sich einstimmig für sie, daher sie in dem Gesetzbuch ihren Sitz einnahm [67]) und seitdem mehrmals Köpfe fallen ließ [68]).

Erst nach zehn Jahren sollte es zur Abhülfe kommen. In der Sitzung der zweiten Kammer am 27. Februar 1849 erschien Ministerialrath v. Lindelof und legte folgenden Gesetzesentwurf vor: „Zur Ausführung der im Reichsgesetze vom 27. December 1848, die Grundrechte des deutschen Volks betreffend, im §. 9 enthaltenen Bestimmung, daß die Todesstrafe, ausgenommen, wo das Kriegsrecht sie vorschreibt, oder das Seerecht im Falle von Meutereien sie zuläßt, abgeschafft ist, haben Wir, nach Anhörung Unsers Staatsraths und mit Zustimmung Unserer getreuen Stände, verordnet &c.: Art. 1. „Bei den mit Todesstrafe zu ahndenden Verbrechen soll, so weit diese Strafart durch das gedachte Reichsgesetz abgeschafft ist, statt der Todesstrafe auf lebenslängliche Zuchthausstrafe erkannt werden." (Art. 2 bestimmt, daß das Gesetz mit dem Tage der Publi-

---

67) Breidenbach, Commentar, Band 1, Abth. 1, S. 313 fg.

68) S. meine Mittheilung im 40. Band der Annalen der Criminalrechtspflege, herausgegeben von Schletter, Altenburg 1847, S. 244—269: Meuchelmord, Banditenmord, Verwandtenmord; sowie meinen weiteren Beitrag zum 44. Band derselben, Altenburg 1848, S. 34—68: Die That des Maurergesellen Wahlberg aus Braunschweig. Dem Raubmörder, von dem meine Darstellung im 46. Band, Leipzig 1848, S. 251—275: Ein Raubmord, handelt, ward (im November 1846) die Todesstrafe erlassen. Ich fand mich veranlaßt, die Bemerkung zuzufügen: „Die gegen die Todesstrafe immer reger werdende Stimmung mochte wohl ihren stillen aber mächtigen Einfluß geltend gemacht haben." Vergl. den Jahrg. 1848 dieses Archivs S. 409 fg. Mittermaier, Die Todesstrafe in ihrem Verhältniß zur Begnadigung &c.

cation in Kraft treten solle.) Der Ausschuß der zweiten Kammer trug, hervorhebend, daß die der Todesstrafe zu substituirende Strafe nur die seyn könne, welche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem Strafgesetzbuch in der Stufenleiter der Strafübel auf die Todesstrafe folge, die lebenswierige Zuchthausstrafe, auf unveränderte Annahme des Gesetzesentwurfs an. Die Kammer selbst nahm nach einer kurzen Discussion über die Frage, was unter „Kriegsrecht" zu verstehen sey, den Gesetzesentwurf an, und zwar einstimmig, sowie sie früher den entgegengesetzten einstimmig angenommen hatte. Auch der der ersten Kammer erstattete Ausschußbericht empfahl die Annahme desselben. Die Berathung eröffnete der Kanzler Dr. Birnbaum, indem er im Wesentlichen sprach: Nach der gegenwärtigen Sachlage könnte ich in Kürze mich an die Motive des Gesetzesentwurfs und Berichte anschließen. Dennoch halte ich es auf meinem Standpunkte für geboten, über die Abschaffung der Todesstrafe mich in wenigen Worten auszusprechen, um mich dagegen zu verwahren, als billige ich sie gegen meine seit Langem und fortdauernd vertheidigte Ansicht, indem ich für den Gesetzesentwurf stimme, da ein verpflichtendes Reichsgesetz vorliegt und unzweifelhaft die lebenswierige Zuchthausstrafe die nächststehende ist. Ich kann den Beschluß der Nationalversammlung nicht für hinreichend begründet erachten, bezweifle, ob er in allen deutschen Staaten zur Geltung kommen wird [69]), und bin innigst überzeugt, daß die Todesstrafe in keinem deutschen Staate lange abgeschafft blei-

69) Die Zwischenzeit begünstigt diesen Zweifel. Die octroyirte Reichsverfassung gedenkt in ihrem §. 137 der Abschaffung der Todesstrafe nicht; s. Die deutsche Reichsverfassung nach ihrer zweiten Lesung nebst Grundrechten, Reichswahl- und Einführungsgesetz und Entwurf der octroyirten Verfassung des *deutschen* Reichs, in vergleichender Weise abgedruckt. Dessau *und Köthen*, 1849, S. 41.

den wird. Schon vor mehr als 20 Jahren habe ich an einem Streite über deren Verbannung sehr lebhaften Antheil genommen, und sie gegen die Argumente französischer und belgischer Juristen vertheidigt, mit welchen ich damals in näherer Verbindung stand und welche hauptsächlich zur Wiederbelebung der seit Beccaria erhobenen Frage beigetragen haben. Auch noch heute huldige ich dieser Ansicht, nicht blos aus theoretischen Gründen, sondern weil sie mir auch durch die Erfahrung vielfach bestätigt erscheint. Man hat sich für die Abschaffung der Todesstrafe damals besonders auf das Beispiel Toskana's berufen, was mich veranlaßt hat, mich mit Gelehrten dieses Landes in Correspondenz zu setzen, insbesondere mit dem als ersten Criminalisten Italiens bekannten Carmignani in Pisa, der zur Zeit der Abschaffung durch Leopold von Toskana in einer eigenen Schrift sich gegen diese Abschaffung erklärte, obschon viel später, noch kurz vor seinem Tode, jedoch mehr aus theoretischen Gründen, dafür. Theils durch dessen Gefälligkeit, theils auf anderen Wegen bin ich in den Besitz von Urkunden gekommen, die mich überzeugten, daß die so vielfach gepriesenen wohlthätigen Folgen der Abschaffung der Todesstrafe in Toskana allen Grundes entbehrten. Sicher ist, daß das Gesetz, welches sie als Strafe des Hochverraths und des Mordes nach wenigen Jahren wieder einführte [70]), in seinen Motiven angab,

---

70) Mittermaier, der uns S. 147 seiner Schrift: Italienische Zustände, Heidelberg 1844, belehrte, von 1831 bis 1839 sey in Toskana kein Todesurtheil gefällt, seitdem keins vollzogen worden, während die Zahl der schweren, besonders der todeswürdigen Verbrechen sich nicht vermehrt habe, hebt das beachtenswerthe Moment hervor, die öffentliche Meinung sey der Todesstrafe nicht günstig, hinzufügend: Die Ereignisse bei den letzten im Jahr 1829 und 1830 in Pisa und Florenz stattgefundenen Hinrichtungen sind von so ernster Art, daß der Regent, von dessen Ausspruch die Entscheidung der Frage über die Vollziehung der Todesstrafe abhangt, in der Erin-

es sey geschehen, weil seit ihrer Aufhebung die Zahl der Verbrechen sehr zugenommen habe, und namentlich den Mord hervorhob, wegen dessen in den vierzehn der Abschaffung vorangegangenen Jahren nur zweimal die Todesstrafe verhängt worden wäre. Auch in Deutschland wird man nach meiner festen Ueberzeugung zu demselben Ergebnisse kommen. Was den Gesetzesentwurf angeht, so ist es unzweifelhaft, daß die lebenswierige Zuchthausstrafe die Stelle vertreten muß; ob aber dadurch die Gesetzgebung ihrer Aufgabe genügt hat, ob sie nicht aufgefordert ist, diese lebenswierige Strafe für die Fälle, für die sie bisher angedroht war, zu mildern, damit nicht das Rechtsgefühl des Volks, das z. B. einen vorbedachten Vatermord ebenso bestraft sieht wie viel geringere Verbrechen, verletzt wird? Freilich Grund, das ganze Strafsystem zu ändern, wozu jetzt nicht die Zeit.

Der Regierungscommissär bemerkte, die Staatsregierung sey hinsichtlich dieser Frage zu demselben Resultat gekommen, während zu einer Revision jetzt noch nicht geschritten werden könne.

---

nerung an die Scenen der Vergangenheit unwillkührlich zurückschaudern muß, durch die Bestätigung des Todesurtheils ähnliche Erscheinungen, welche der Strafgerechtigkeit nicht günstig sind, in das Leben zu rufen. Bei der Hinrichtung in Pisa hatte die Unzufriedenheit des Volkes sich so heftig ausgesprochen, daß nur mit Mühe der Scharfrichter, der das Urtheil vollziehen sollte, der Wuth des empörten Volkes, das die Vollziehung mißbilligte, entzogen werden konnte. In Florenz hatte bei der letzten Hinrichtung die Mißbilligung der Todesstrafe sich so ausgesprochen, daß der Tag der Hinrichtung als ein Tag der allgemeinen Trauer galt. Viele Einwohner hatten die Stadt verlassen, die Straßen, durch welche der Trauerzug zog, waren fast leer, und die geringe Zahl der Personen, welche am Hinrichtungsplatze gegenwärtig waren, zeigten dem aufmerksamen Beobachter, wie wenig das Volk an jenem Acte der Gerechtigkeit ein Gefallen fand." Bei solchen Erscheinungen ist es sehr zweifelhaft, ob der Gesetzgeber *gut daran that*, die Todesstrafe zurückzuführen.

Der Präsident, Prinz Emil, erkannte die Nothwendigkeit an, der Reichsgesetzgebung zu folgen, fügte aber hinzu: Dagegen verzichte ich nicht auf mein Recht, hier eine abweichende Ansicht hinsichtlich der Abschaffung der Todesstrafe und zugleich mein Bedauern darüber auszusprechen, daß der Landesgesetzgebung nur das Recht der Substituirung einer andern Strafe zusteht. Es wird mich nicht leicht Jemand einer Härte des Gemüths zeihen können; aber ich spreche es aus: ich beklage, daß die Todesstrafe wegfallen soll. Es liegt in dieser mir falschen Philanthropie [71]), in dieser Milde gegen Verbrecher, welche für die bürgerliche Gesellschaft nur Last und Schande ist, eine Härte, ein Unrecht gegen die Staatsgesellschaft, deren Eigenthum und Leben des Schutzes beraubt wird, den die Furcht vor der Todesstrafe bisher in unzähligen Fällen gewährte. Es bedarf keiner großen Belesenheit zur Aufzählung vieler Rechtsfälle, welche lehren, daß nach dem eignen Eingeständnisse der Schuldigen nur die Besorgniß, dem Beil zu verfallen, sie von schweren Missethaten zurückhielt. Politische Verbrechen sind nach meiner Ueberzeugung eben so strafbar, wenn nicht strafbarer, als alle anderen. Sie sind gegen den Staat, Ordnung und Ruhe gerichtet. Dennoch erkenne ich an, daß, von einem andern Standpunkte aus, die Ansichten hierüber verschieden seyn können [72]), besonders in einer Zeit, in welcher, wie in der jetzigen, alle Verhältnisse und Begriffe aus den Fugen getreten sind, und selbst die bisher als unerschütterlich betrachteten Wahrheiten in Zweifel gezogen werden. Nimmt man aber einmal einen solchen Standpunkt an, dann ist auch

---

71) Der Prinz hat hier Kant zur Seite, der den italienischen Marchese beschuldigt, er habe aus theilnehmender Empfindelei einer affectirten Humanität die Todesstrafe bekämpft.

72) Vergl. dieses Archiv. Jahrg. 1847, S. 461 fg. Hepp, *Ueber Mißbrauch der Todesstrafe.*

die Auffassung über das Straffällige politischer Vergehen eine sehr verschiedene, und es ist weit besser, geradezu auszusprechen, daß politische Verbrecher durch die Todesstrafe nicht erreicht werden sollen. Es wird auch dies ein großer Irrthum und Fehler seyn, aber die Folgen sind doch nicht in dem Grade nachtheilig, als dann, wenn man die Todesstrafe überhaupt aufhebt und die Milde auch auf die gemeinen Verbrechen ausdehnt. Auch von meinem militärischen Standpunkt aus kann ich nur die volle Ueberzeugung aussprechen, daß durch das Wegfallen der Todesstrafe in den seltenen Fällen des Militärstrafgesetzbuchs die schwersten Nachtheile erwachsen werden. Die Subordination ist das Lebensprincip des Militärs[73]), und es giebt Fälle, in denen zu ihrer Aufrechthaltung die Androhung der Todesstrafe unentbehrlich ist. Ich bin zwar überzeugt, daß noch vor dem Ablauf eines Decenniums die Todesstrafe durch die Macht der Nothwendigkeit zurückgeführt wird, aber ich muß bedauern, daß man erst die traurigen Folgen ihrer Aufhebung abwarten will, um sie zurückzuführen. Ich vermag in der Bestimmung der Grundrechte nur eine traurige Gabe zu erkennen.

Freiherr v. Breidenstein erkannte in der Art, „wie in der neueren Zeit Verbrechen abgeurtheilt werden", ein Moment für die Abschaffung der Todesstrafe. „War", sprach er, „schon der in unserm Strafprozesse für zulässig erklärte Indicienbeweis ein Fehlgriff, so ist dies in noch höherem Grade der Fall bei der Aburtheilung durch Schwurgerichte, wenn man nur einigermaßen betrachtet, wie diese zu Stande kommt." — „Dagegen" — fügte

73) Diese Betrachtung führte auf dem letzten Landtage zu einem Gesetzesentwurf auf Ausdehnung des standrechtlichen Verfahrens bei dem Militär außerhalb des Zustandes des Kriegs. *Die zweite Kammer ließ indessen diese Proposition auf sich beruhen.*

dieser erklärte Gegner des Geschwornengerichts hinzu — „spricht gegen die Aufhebung der Todesstrafe auch noch der weitere Umstand, daß man, weil das Volk die Größe des Verbrechens nach der Größe seiner Strafe zu beurtheilen pflegt, eine weit mildere Beurtheilung der Capitalverbrechen hervorrufen wird, als bisher herrschte und herrschen sollte.

Die Grafen von Görtz und Leiningen-Westerburg erklärten sich gleichfalls gegen die Aufhebung der Todesstrafe, der Letztere mit dem Zusatze: Ich beklage es tief, daß die Reichsversammlung einen solchen Beschluß gefaßt hat, weil ich voraussehe, daß er zu großen Calamitäten führen wird; denn die Verbrechen werden sich vermehren. Wenn ich mich gegen diese Aufhebung erkläre, so bestimmt mich hierzu zugleich ein religiöses Princip; denn die Todesstrafe ist so alt wie das Christenthum; ich sehe mich daher gedrungen, meiner Ueberzeugung treu zu bleiben und werde gegen den Gesetzesentwurf stimmen.

Der Prälat Dr. Zimmermann entgegnete: Gerade vom religiösen Standpunkte aus würde ich mich für die Verbannung der Todesstrafe aussprechen müssen [74]), hinzufügend: Dennoch halte ich es für beklagenswerth,

---

74) Oberhofprediger v. Ammon in Dresden hat sich im dritten Band seines Handbuchs der christlichen Sittenlehre vom Standpunkt des Christenthums aus dahin ausgesprochen, daß der Mord mit dem Tode bestraft werden müsse. Wohl konnte Carriere S. 16 der von ihm und Nöllner herausgegebenen Schrift: Wissenschaft und Leben in Beziehung auf die Todesstrafe, Darmstadt 1845, sagen: Wenn Gott die Liebe ist und sich aller seiner Geschöpfe Tag und Nacht erbarmt, ist dann der Mensch ein Ebenbild Gottes, wenn er seine Mitmenschen erbarmungslos, lieblos zum Tode führt? Bereuet der Verbrecher, so ist er auf dem Wege zur Besserung, und warum sie ihm abschneiden? Bereuet er nicht, so hat er auch das Böse seiner That noch nicht erkannt, und es ist doppelt grausam, einen Menschen zum Richtplatz schleifen, der weder vor *noch nach* der Missethat das rechte Bewußtsein *über sie hatte.*

daß sie gerade in eine so aufgeregte und an Begriffsverwirrungen so reiche Zeit fällt.

Nachdem noch der Abg. v. Rabenau das Wort genommen hatte, um zu erklären, daß er nicht aus Ueberzeugung für den Gesetzesentwurf stimmen werde, überzeugt sey, daß man, wie in Toskana, vor Ablauf eines Decenniums die Todesstrafe zurückrufen werde, schloß sich die Berathung. Die Kammer nahm mit 11 Stimmen gegen 1 den Gesetzesentwurf an, der so zum Gesetz erhoben wurde.

Noch hätte ich mich mit dem wichtigen Gesetz vom 28. October 1848 wegen Einführung des öffentlich-mündlichen Strafverfahrens mit Schwurgericht in den beiden älteren Provinzen, sowie mit dem Gesetz vom 31. December desselben Jahres wegen des Verfahrens in Assisensachen und Bildung der Schwurgerichte in Rheinhessen, ferner mit dem Gesetz vom 23. Februar 1849 wegen Abänderung einiger Bestimmungen des Strafgesetzbuchs, das mit dem erstgedachten Gesetz in Relation steht, zu beschäftigen. Indessen sollen diese legislativen Erscheinungen den Stoff einer besonderen Darstellung bilden, theils aus dem äußeren Grunde, weil sonst der gegenwärtige Beitrag zu umfangreich seyn würde, theils aus dem inneren Grunde, weil ich die nächsten Assisensitzungen zu Beobachtungen und Erfahrungen, zu denen mich schon mein Amt als Vertheidiger, das ich zufällig gleich in der erstern Sache zu verwalten hatte, führt, benutzen und deren Früchte mit darlegen will [75]).

---

75) Im Juni 1848 legte der Justizminister Kilian einen Gesetzesentwurf wegen der Grundlagen der Gerichtsorganisation für die Provinzen Starkenburg und Oberhessen vor, der in der zweiten Abtheilung die „Strafgerichtsorganisation" betrifft (Art. 21 — 33) und den Geist der rheinhessischen Ge-

Das Resultat des Einblicks in meine gegenwärtige Darstellung ist die erfreuliche Wahrnehmung, daß die Sache des Fortschritts einen Sieg erfochten und Vieles von dem, was die Stimme der Wissenschaft längst forderte, zur Geltung gekommen ist — Abschaffung der körperlichen Züchtigung — definitive Uebertragung der Polizeigerichtsbarkeit an die Gerichte — Verbannung des privilegirten Gerichtsstandes, der Absolution von der Instanz, des Reinigungseides — Reformen im Gebiet der Rechtsmittel — Aufhebung der Todesstrafe.

---

richtsverfassung in sich trägt. Ein in der ersten Kammer gestellter Antrag und die Annahme desselben ließ erwarten, daß diese Kammer sich gegen diesen Gesetzesentwurf erklären werde. Mit aus diesem Grunde ließ die zweite Kammer den Gesetzesentwurf auf sich beruhen.

IX.

Zur Lehre von den Beleidigungen nach englischem Rechte.

Von
Herrn Dr. Marquardsen
in London.

(Beschluß von Nr. IV. im vorigen Hefte.)

Ein weiterer der Erwähnung werther Punkt ist die Publication des Libel. Auch dieser Ausdruck bezeichnet wie malice viel mehr als wir etwa darin finden würden. Unter dem Einflusse der Friedensbruchtheorie sind die Englischen Juristen zur Entscheidung gekommen, daß jede schriftliche Mittheilung, wenn sie auch nur an den Beleidigten, ohne in Anderer Hände zu kommen oder später ihrem Inhalt nach Dritten mitgetheilt zu werden, gerichtet ist, ein libel darstellt, daß ein solcher Privatbrief, und seine Aufgabe bei der Post, die Publication eines libel ausmacht. Dies bezieht sich nur auf criminelle Verfolgung; damages können nur dann gefordert werden, wenn eine Publication im engeren Sinn vorgekommen ist. Da die Englische actio injuriarum aestimatoria, wenn ich sie so nennen soll, nicht wie die Römische durch materiellen Gewinn einen ideellen *Schmerz vergüten* will, sondern von allem Ideellen ab-

sehend, einen Vermögensverlust entweder präsumirt oder sich nachweisen läßt. Wäre wirklich die Befürchtung eines **breach of the peace** der Grund der Bestimmung über Beleidigungen, so müßte natürlich auch schon die Beschimpfung unter 4 Augen strafbar seyn (das Beweisen lasse ich dahingestellt) oder zum Schadenersatz verpflichten, aber dies ist durchaus nicht der Fall. Die Art und Weise wie in England gedruckte Libelle, welche in Zeitungen oder Zeitschriften erscheinen, in Bezug auf die Publication und den Verleger bewiesen werden, ist sehr einfach und beruhet auf einem Statut aus dem Pitt'schen Regiment. Von Seiten der Opposition wurde gewaltig dagegen geredet, man zwänge, sagte sie, die Drucker, sich selbst anzugeben. Seine nähere Ausführung gehört aber nicht hierher. Dagegen ist die Bestimmung wichtig, daß nach Englischem Rechte in Libellfällen der **Master** für das Thun seines **Servant** verantwortlich ist. Wird z. B. in einer Buchdruckerei ein **libel** ohne Theilnahme des Eigenthümers der Anstalt gedruckt, verkauft in einer Buchhandlung ein Gehülfe ein **libel**, so ist dies nicht blos **prima facie** Evidenz gegen den Herrn, sondern es bildet eine juristische Gewißheit, und kein Beweis, daß er z. B. in Amerika war und von der Abnahme des Buchs nichts wußte, ist ihm offen gelassen. Ein Buchdrucker wurde verurtheilt wegen eines Libells in seinem Blatt, obgleich er zur Zeit des Druckes der betreffenden Nummer wegen eines früheren Artikels im Gefängniß saß. Wo Autor und Drucker oder Autor und Verleger bekannt sind, hat sich in England bald die klagende Partei geschämt gegen beide zu verfahren. In Staatsprozessen erinnere ich mich einige Male, daß das Urtheil gegen den Drucker gesprochen wurde, darauf der Verfasser sich nannte, auch prozessirt wurde und so zu sagen die jenem zuerkannte Strafe erstand. Dieses Beispiel mag auch als ein Exempel gegen den Irrthum dienen,

als ob die Englische Praxis an Formeln und Buchstaben sich klammre.

Ich habe schon oben angedeutet, daß bei der strafrechtlichen Behandlung eines libel die Frage, ob Wahrheit, oder nicht ganz irrelevant ist, daß sie gar nicht vor die Jury gebracht werden darf. Dieser auf den ersten Blick ganz unvernünftige Satz hängt mit dem Drohen der Friedensbrecher zusammen und ist, hat man dieses einmal zugegeben, ganz folgerichtig; denn nach der menschlichen Natur, wie sie einmal beschaffen ist, wird sich, abgesehen von den seltenen Fällen, wo das Vorwerfen einer wahren schimpflichen Handlung den Thäter niederdrückte, der Schuldige viel eher zu einer gewaltthätigen Rache, einem Friedensbruche hinreißen lassen, als der Unschuldige, der entweder den Vorwurf ganz verachtet oder mit kühlem Blute abweist. Sehen wir aber nun weiter, wie jene Regel ein richtiger Schluß aus unwahren Voraussetzungen, in der Wirklichkeit stellt. Es ist gestattet in den angeführten Fällen nachzuweisen, daß das angeklagte libel ein treuer Bericht von Parlamentsverhandlungen oder Gerichtsvorgängen ist, daß z. B. der Brief, welcher die Schmähung enthielt, die Beantwortung eines anderen eben so groben war. Es ist gestattet bei der Anklage, daß wegen eines seditious libel, den ganzen Aufsatz als evidence einzubringen, aus dem die incriminirten Stellen entnommen sind, um aus dem Geist des Ganzen den einzelnen Ausdruck, die einzelnen Gedanken zu erläutern. Zwischen all diesen Dingen, welche vorgebracht werden dürfen, läßt sich gar leicht hie und da ein Ausdruck über die Wahrheit und Nichtwahrheit einschmuggeln, und eine jede Jury wird Acht darauf geben, weil sie bei all jenen Momenten, die ihr vorgeführt werden dürfen, immer auf die Frage kommen wird: Aber, ist denn die Angabe des Angeschuldigten wahr oder nicht? Und wenn der Angeschul-

digte gar keine andere Hülfe hat, so pflegt er anzudeuten, daß er allerlei mittheilen würde, wenn es ihm eben nicht verboten wäre, die Wahrheit zu sagen. So geschieht es oft, daß Wahrheit und Lüge sich desselben Ausweges bedienen. Was ich eben erwähnt, zeigt, wie es in der Wirklichkeit zugeht, allein auch das Gesetz hat sich der Geltendmachung der Wahrheit nicht ganz entziehen können. Wie eine jede Halbheit, ist auch die jetzige Einrichtung in dieser Hinsicht fast ebenso schlecht, als ihr gänzlicher Mangel seyn würde. Nachdem das Verdict gesprochen und für den Ankläger ausgefallen, wird nach Englischem Gerichtsgebrauch der Verurtheilte gefragt: **Prisoner at the bar You sland convicted of a felony (or misdemeanor) what hair You to say, why the Court should not pass sentence over You?** In den meisten Straffällen wird die Strafe soglcich über ihn ausgesprochen und Einwendungen werden selten gemacht. Aber in Libellfällen ist es Sitte geworden das Urtheil zu verschieben, und in der Zwischenzeit erlaubt das Gesetz, daß durch Affidavit des Verurtheilten oder anderer Leute, also ohne mündliches Zeugenverhör, ohne Kreuzexamen, alles Mögliche und darunter auch Beweise und Behauptungen von der Wahrheit des Gesagten und Angeschuldigen dem Richter vorgelegt werden. Man gestattet auch Gegen-Affidavits des Anklägers, aber das Ganze erscheint dem Leser, der so eben die Darstellung des Trial gelesen, wo im offnen Kampfe Geschicklichkeit und Standhaftigkeit bei Examinatoren und Zeugen sich messen, wo Alles so fern von rhetorischen Kunststücken und labyrinthischen Plaidoyers ist, wie Maulwurfsarbeiten, die den eben aufgeführten Bau wieder zu unterminiren trachten.

Die Strafe für libel ist Gefängniß und Geldbuße; jene in der Regel zwei Jahre nicht übersteigend. Nach einem *Statut Georgs III.* (wir werden es unten näher

anführen) kann im Falle von seditious libel nach vorhergehender Bestrafung sogar bis auf 7 Jahre Transportation erkannt werden. Keine solche Strafe ist aber noch soviel ich weiß ausgesprochen oder ausgeführt worden. Jetzt ist es längst erloschen. Bis zum Jahre 1816, wo die Taylor'sche Bill Wandel schaffte, wurde noch pillory, der Pranger hie und da als Zugabe beierkannt.

Ein wesentlicher Theil in einer jeden Anklageacte wegen Schmähungen, einerlei ob als Informations oder Indictment abgefaßt — und im Criminalverfahren von derselben Wichtigkeit, sind die Innuendos. So bezeichnet man die Erklärungen, welche zum Verständniß des Libells gehören und welche der Sitte gemäß an den entsprechenden Stellen eingefügt werden. Sie dürfen nichts Neues enthalten, sondern müssen schon im Libell liegen und werden gleichsam nur in den Innuendos ausgeschrieben. Ein Inn. ist z. B. wenn in einem Libell gegen den König der Ausdruck King durch ein meaning His Majesty now on the throne u. s. w. erklärt wird, oder wenn eine Schmähschrift in Form einer Fabel geschrieben ist und z. B. angegeben wird: mit dem Minister Jackbool ist Earl Bute gemeint, oder wenn z. B. in einem Privatlibell gegen einen Receiver of taxes derselbe Mr. Deceiver genannt, und diese Bezeichnung von dem Ankläger als ihn meinend dargestellt wird. Wie weit in den Innuendos gegangen werden durfte, ist dann und wann bestritten worden, da dies als eine Formelregel zur Competenz des Richters gehört, — aber die Wahrheit der Innuendos, ob der Ankläger mit seinen Ausstellungen die Meinung des Angeklagten getroffen, ist immer eine Frage für die Jury gewesen.

Ich komme schließlich zu einem Doppelthema, welches bei Lichte betrachtet den Kern der ganzen Lehre enthält und eben durch diese Bedeutsamkeit in eine Sache

zusammenfließt, die Frage: was ist libellös und was hat im Libellprozesse die Jury zu thun?

Es ist nicht eben angebracht, sich wie Brougham lange über liber, libellus — ein kleines Buch u. s. w. auszulassen; wenn die Sache auch nicht so einfach wäre als sie ist, daß nämlich libellus eine Abkürzung von libellus famosus ist, wobei das Substantiv die Kraft des Adjectivs in sich aufnahm, so ist doch keine Uebersetzung oder Derivation denkbar, welche den criminalistischen Sinn des Ausdruckes schon kurz und bündig bezeichnen würde, und daher haben die Engländer ganz wohl gethan, den Ausdruck wie sie ihn vorfanden abgekürzt zu behalten. Was wichtiger ist, als der Mangel einer Uebersetzung, ist, daß man in England keine feste Definition von libel hat. Schon der Umstand deutet auf ein Vorwalten der einzelnen Fälle gegenüber einer möglichen allgemeinen Definition des Verbrechens, daß libel nicht das Verbrechen in abstracto, sondern immer nur das Corpus delicti, das strafbar Niedergeschriebene oder Gedruckte selbst bezeichnet. Man kann deshalb von einer Verbrechensart libel gar nicht reden. Uebrigens sieht man leicht, daß die Engländer sich um den Mangel einer Definition gar nicht sehr gegrämt haben müssen — uns sind gar keine Versuche aufgestoßen diese Lücke auszufüllen, wenn nicht etwa die folgende Erklärung als eine solche gelten soll, die hier im Scherz gemacht, an verschiedenen Stellen des Continents gewiß eben so hastig als die absolutistischen Constitutionen des Codex recipirt würden, wenn es sich thun ließe. Nach dieser ist libel Alles, what at any time, anywhere, anybody, displeases. Die Vollständigkeit läßt Nichts zu wünschen übrig. Allein ernstlich, wie gesagt, empfindet man den Mangel einer allgemeinen Definition gar nicht — die *Grundsätze allgemeiner Natur*, welche hier aufgestellt wer-

den könnten, sind, sagt man, wenn vernünftig, wenige nur dem gesunden Menschenverstand sich gleichsam aufdringend — und wenn wir uns bemühen wollten, ins Spezielle einzugehen, und anstatt breiter Grenzstreifen allerlei künstliche Zäune zu ziehen, würden wir gar nichts gewinnen, sondern die Vortheile jener allgemeinen Unterscheidungen und dazu unsere ganze Arbeit verlieren. Man hat manchmal darauf hingedeutet, daß, während in der Hochverrathslehre eine so große Genauigkeit und Detaillirung herrscht, auf dem ihr naheverwandten Gebiet des public libel gerade das entgegengesetzte Prinzip zur Geltung gekommen sey, und dadurch Nachtheil für die Freiheit befürchtet; allein man hat dabei übersehen, daß es ganz unmöglich ist, bei dem Verbrechen, welches wir besprechen, jene schützenden handgreiflichen Requisite zu fordern, welche bei jenem Staatsvergehen so leicht und gut angebracht sind. Auch darf jene Rücksicht bei unserer Frage schon deshalb nicht dominiren, weil darin ein Zurücksetzen der Privatinteressen läge, welche nicht minder gegen Beleidigungen geschützt werden sollen und nicht nur blos als Beigabe zum Staatslibell zu behandeln sind. Wie wenig mit Definitionen hier gethan ist, sieht man an der früher angeführten Norm, wonach mündliche Aeußerungen nur dann eine Entschädigung ohne special damage nach sich ziehen sollen, wenn z. B. ein indictable offence vorliegt. Man sollte meinen, dies sey ziemlich plan gesprochen; aber wer einen Augenblick sich jene Garnitur von Ausdrücken vergegenwärtigt, mit welchen wir einen Menschen direct und indirect, halb scherzend und doch ernstlich mit einem Vergehen zusammenbringen können, von allgemeinen Phrasen bis zum: Du hast dem A dies und das gestohlen — der wird sich überzeugen, daß ihm als Richter die allgemeine Regel bald unter den Füßen schwinden würde und er ohne eine interpretatio, gebun-

den blos durch Vernunft und Billigkeit, manches gute Korn durchsieben und eine Unzahl von Unkraut im richterlichen Siebe behalten würde. Nachdem man so das Definiren aufgegeben, fing man es mit dem Numeriren an, man sammelte sich die einzelnen Entscheidungen über die einzelnen Ausdrücke — und erhielt so eine neue Art leges barbarorum, nur daß eben durch den Mangel der festen Strafe die Reports keine vollständigen Preiscourante wurden. Die Englischen Richter, nicht die ratio scripta, sondern die ratio vivens im Englischen Rechtsorganismus, wie sie schon früher in den Zeiten der Elisabeth den vielen Civilklagen entgegengetreten waren, fanden auch bald die Unzweckmäßigkeit jener Codificationsart, die ja prinzipiell hinter dem Verbrechen herhinken mußte, und erklärten, man müsse eben den einzelnen Fall scharf ansehen; stelle es sich heraus, daß er ein solcher sey, der vernünftiger Weise bestraft werden müsse oder in der Entschädigung gerechtfertigt erscheine, so werden sie erklären, daß das Gesetz, das common law of England ihn befasse. Der Zeit nach sind wir mit diesem Grundsatz in die ersten Jahrzehnte des vorigen Jahrhunderts gekommen und unsere zweite Frage fängt an bedeutend zu werden. Ich habe oben die kurze Skizze der Sternkammerzeit gegeben und habe gezeigt, daß diese alle Arten von Libellprozessen an sich gezogen. Nachdem sie zusammengestürzt, ging ihre custodia morum an die Kings- oder wie sie während der Republik hieß, die Upper-bench — bancus superior — über. Die Censur, kaum aufgehoben, wurde wieder eingeführt und die Presse litt an Beschränkungen aller Art. Die Unzahl von Hochverrathsprozessen, womit während der Regierung Carls II. Cavalier- und Landpartei gegen einander wütheten, je nachdem diese oder jene die mächtigere war, und die gänzliche Erlahmung der letzteren für die *erste Zeit von James* II. Regierung lassen Prozesse

wegen Beleidigungen mehr in den Hintergrund treten; der einen Partei genügten sie nicht um ihre Rache zu kühlen, und die andere hatte bei der Beschaffenheit der Richter keinen Erfolg etwaiger Anklagen zu erwarten. In der allgemeinen Rechtlosigkeit jener Zeit sind die einzelnen Libellprozesse durch Nichts ausgezeichnet, und gerade das Moment, das, wie wir gleich sehen werden, im folgenden Jahrhundert so sehr auffallend wurde, war damals ein allgemeines Merkmal in allen Tribunälen, denen ein Wright, Allybone oder Scroggs vorsaß. Der Bischofsprozeß beschleunigte die Revolution und das alte England athmete wieder frei in seinen hergebrachten Rechten und guten Gewohnheiten. Ein kräftiger Steuermann, lenkte Wilhelm das Staatsschiff frisch in das brausende Meer der Europäischen Politik, vielleicht im Herzen mehr aus Neigung zum alten Heimathlande, aber weder ohne Ruhm noch Nutzen für seine neue Errungenschaft. Nun lernte er oft schmerzlich, daß er sich auf einen großen Theil seiner Mannschaft nicht verlassen konnte. Während seiner und seiner nächsten Nachfolger Regierung trat nämlich ein Mißstand zu Tage, welcher die Zukunft Englands zu bedrohen schien. Wohl hatte er, wie es einem freien Staate gebührt, zwei geschlossene Parteien, welche von verschiedenen politischen Prinzipien bewegt in Wort und Schrift, im Parlament und der Presse um das Gouvernement rangen, aber es fehlte den beiden Parteien der nothwendige gemeinsam anerkannte Kampfplatz — auch der wesentliche Charakter des Staats, protestantisch-frei oder katholisch-absolutistisch; auch die Herrscherfamilie, ob die Linie Jacob des Zweiten oder der Abzweig des ersten Jacob — waren noch at issue. Deshalb hielten die Whigs, welche mit kurzen Ausnahmen all jene Zeit hindurch regierten — hatten sie ja doch den Nassauer *und das Haus* Braunschweig auf den Thron gebracht —

es für unmöglich, sich mit der alten Torypartei auf gleiche Degenlänge zu schlagen. Es beginnen freilich die ersten Zeitungsfehden politischer Parteien in jener Zeit — ich erinnere nur an Swift und seinen Examiner — allein wie auf der einen Seite das Drucken und Schreiben gegen die Rechtmäßigkeit des vom Parlament eingesetzten Herrscherhauses als Hochverrath, das mündliche Predigen und Aeußern (freilich advisedly) solcher Doctrinen als high misdemeanor bedroht wurde, sehen wir auf der anderen Seite die viel inhaltvollere Praxis sich ausbilden, daß bei Libeltrials die Frage, ob eine bestimmte Aeußerung ein libel sey, einen Rechtspunkt ausmache und der Beurtheilung des Richters unterliege. Dies war scheinbar keine Neuerung — man konnte nicht leicht Fälle aufzeigen, daß es früher anders gewesen — in der Sternkammer hatte de jure während der letzten Stuarts de facto Alles in den Händen der Richter gelegen — dazu die althergebrachte Formel ad quaestionem facti juratores, judices ad quaestionem juris respondent, deren Qualificationen man nicht selten vergaß —, aber gegen den Geist der Englischen Constitution, gegen den Kern der Whigprinzipien selbst ging diese Praxis sicher. Gewiß nicht unangezweifelt, aber in einem Gerichtshofe nie bestritten, machte sie sich stärker und stärker. Skrupulöse Whigs mochten sich mit den Rebellionen von 1715 und 1745 beruhigen, welche darthaten, daß aus den Familien der Jacobiten, aus den Geschlechtern von König Karls Schottischen Cavalieren der alte Geist noch nicht gewichen war, der nicht ruhen und rasten wollte, bis „der König sein Eigen wieder hätte" — einerlei wie viel das Volk von seinem dabei verlöre —. Am Schlachtabend von Culloden ging endlich die Sonne der Stuarts für immer unter, es schwand das religiöse Element aus dem Credo der Torys, welches nicht *mit dem commonprayerbook* harmonirte, ganz.

lich, und in kurzer Zeit nimmt diese Partei wesentlich die Stellung gegen Whigdoctrinen und Reform ein, welche die Whigs gegen das Stuartthum und den Katholicismus früher behauptet. Für nahezu zwei Generationen ist der Whiggismus wesentlich oppositionell und ruhen Hochkirche und Staatsmißstände auf den treuen Schultern der ländlichen Tories. Dieses whiggistische otium cum dignitate hat im großen Ganzen zwar mit zur Reformbill verholfen, aber es scheint nicht so angenehm gewesen zu seyn, wenigstens ließ diese Partei sich von Anfang an nicht so ruhig Alles gefallen, als die Tories Manches von ihr hingenommen hatten. Ich habe schon oben Gelegenheit gehabt; an die stürmischen Zeiten zu erinnern, wo von der Seele des Hofes, dem Earl Bute, im Regierungsanfang des 3ten Georg — eine Zersetzung der Parteien in Coterieen, und bei ihrer Ohnmacht eine Regierung durch Puppen, die im Parademarsch auf „Königs-Befehl" an den Ministertisch marschiren, versucht wurde, — wo einem solchen Hoftreiben gegenüber leichter Schaum, wie John Wilkes, von der aura popularis in den Himmel gehoben wurde, von dem und ihm gleichen Volkstribunen eine Afterpolitik uns zwar glauben machte, daß sie Ursachen und nicht blos Wirkungen der Unzufriedenheit sind, als wenn die Blasen, welche aufspringen wo es siedet und zischt, nicht bloße Anzeigen von Unten wären, — in diesen stürmischen Zeiten wurden die großen Fragen von den Generalverhaftsbefehlen, von der Haussuchung in Libellprozessen zur Ruhe gebracht; auch die, von der wir jetzt sprechen, trat damals in das Stadium ihrer Erledigung; aber dieses dauerte lange genug, daß sich der größte Publizist, der größte Richter und der größte Gerichtsredner des vorigen Jahrhunderts bis auf unsere Epigonenzeit in der Lösung betheiligen konnten. Ich rede natürlich von *Junius*, Mansfield und Erskine. Der berühmte Brief

an den König war es, um dessentwillen sich die Minister endlich ermannten; die tausend Geißelhiebe, welche der große Unbekannte seit Jahresfrist auf sie selbst und ihre Creaturen geschleudert, hatten sie nicht durch eine Versetzung zu ahnden gewagt; man versuchte eine Zeitungsfehde mit ihm; aber wer war ihm gewachsen? Es erschien der Königsbrief, den er selbst als sein Meisterstück zu betrachten schien. Woodhall wurde 1770 deshalb angeklagt. Serjeant Glyn, der Erskine seiner Zeit, Anwalt jedes von dem Gouvernement Bedrängten, vertheidigte ihn. Lord Mansfield resumirte. Er sagte der Jury: Eure Pflicht ist es, Euch zu überzeugen, ob 1) die Innuendos richtig sind; ob z. B. K—g den König, ob L—d N—th Lord North bedeuten soll, ob der Angeklagte die incriminirte Nummer publizirt hat. Der Anwalt des Vertheidigers hat Euch auf die intention des Verfassers oder Verlegers hingewiesen, hat Euch an das Wort maliciously in der Anklage erinnert — ich aber sage Euch: Ueber die malice erhaltet Ihr so wenig evidence und habt Ihr ebensowenig zu urtheilen, als über das moved and seduced by the instigation of the devil, welches sich in den Hochverraths-indictments als althergebrachte Formel vorfindet. Ihr habt nur jene beiden Fragen zu beantworten; ich habe zu entscheiden, ob die Schrift ein libel ist. Das vom messenger of the press bei Woodfall gekaufte, von ihm beschworene Exemplar des Public Advertiser wurde der Jury eingehändigt und sie zog sich zurück. Sie berieth sich lange. Der Lord Chief Justice brach auf, nachdem sich die Parteien geeinigt, daß die Jury ihr Verdict demselben, der außerhalb Middlesex wohnte, bringen dürfe. Sie brachten ihm ein Verdict: Guilty of printing and publishing only. Der Attorneygeneral behauptete, dies sey soviel *als nöthig zur Verurtheilung*; die Jury hätte nicht mehr

zu entscheiden, als jenes. Glyn führt aus, was das Wort only hier zu bedeuten hätte, daß es soviel als eine Freisprechung sey, daß unter allen Umständen nun auf einen new trial erkannt werden könne. Lord Mansfield und die übrigen Richter der Kingsbench geben Erlaubniß zu einem new trial. Da stellt sich der große Uebelstand hervor, daß der Vormann der Jury das einzige beweiskräftige Exemplar eingesteckt und zerstört hatte. I have no evidence, klagte der Attorney-general; that is not my fault, war Mansfields lakonische Erklärung, und so schloß dieser Prozeß. In einigen anderen gleichzeitigen gaben die Juries, wenn man jene Verdictform nicht annehmen wollte, Not guilty ab. Junius selbst schrieb gegen die Mansfieldsche Doctrin; Flugschrift drängte sich an Flugschrift; im Parlament wurde eine Bill für die Sicherung der Rechte der Jury eingebracht, aber ohne Erfolg; nur Bruchstücke einer trefflichen Burke'schen Rede verdanken wir ihr. Aber erst 1778 trat der Mann auf, welcher bestimmt war das ganze Gebäude der Mansfieldschen Theorie umzustoßen und der 14 Jahre lang mannhaft das Recht der freien Presse verfocht, bis es gelang, die Bill durchzubringen, welche zwar nicht seinen, aber einen Namen von eben so gutem Klange trägt — die Fox'sche Libellacte. Es war zuerst in dem Prozesse, bekannt unter dem Namen: der Dean of St. Asaph, daß Erskine mit Mansfield zusammentraf. Der bei dem trial vorsetzende Judge hatte die Mansfieldschen Grundsätze niedergelegt, und die Erskine'schen Prinzipien, die er in der glänzendsten Sprache vortrug, zurückgewiesen. Er weigerte sich ein Verdict auf guilty of publishing anzunehmen, bewog die Jury zurückzugehen, und bekam so ein allgemeines guilty. Bei der Motion for the court of judgement sprach Erskine dann von der ganzen Kingsbench. Er setzte auseinander, wie die mens rea das sey, was

den Menschen zum Verbrecher mache, daß die äußeren Handlungen nur als die Zeugen jener anzusehen seyen. Daß das Wort malicious den Verbrechenscharakter der Handlung bezeichne, daß gerade die intention vor das Forum der Jury gehöre, die ja über die Schuld oder Nichtschuld, über das Guilty und Notguilty zu entscheiden habe. Nicht ob der Angeklagte die Publication gemacht, sondern ob er derselben schuldig sey, wäre die Frage. Nach der herrschenden Lehre stelle man die an sich unschuldige Handlung zu schreiben und zu drucken auf denselben Fuß z. B. mit der Tödtung, wo allerdings prima facie eine Schuld des Tödtenden vorliege. Meisterhaft sind sowohl in dieser wie in seinen anderen Vertheidigungsreden die Betrachtungen über die Presse. Er vertheidigte Lord Gordon und gab in der Rede eine Revision der Hochverrathslehre namentlich in ihrer Annäherung an die Riot und Tumultbestimmungen; vor und nach jener Bill finden wir ihn schlachtgerüstet gegen jeden Profit, den namentlich auch William Pitt aus der Französischen Revolution in gaggingbills (Knebelgesetzen) zu machen suchte. Wollte ich Stellen ausheben, ich möchte fast jede Seite seiner Speeches citiren (London 1810. 4. Bd.) Eine Zeitlang (1793) bildeten sich unter einem wahren Ruere in servitium Spiongesellschaften aus den angesehensten Leuten Londons bestehend, um die Englischen Demokraten und Französischen Emissäre zu überwachen und der Gerechtigkeit zu überliefern. Eins ihrer Opfer hatte er zu vertheidigen und macht dabei die wahre Bemerkung: Nicht unsere, nein, Eure Anzeigegesellschaften zerstören die Gesellschaft und schwächen die Kraft der Gesetze. Wenn Ihr Eure Kunst versteht, so wird in London nicht ein Mittagsessen ohne ein Duell und eine Anklageacte vorübergehen. Der letzte Libellprozeß, welcher vor der Libellacte verhandelt wurde, war der des Buchhändlers Stockdale. Warren

Hastings war vom Unterhause angeklagt worden, von den Whigs ging die ganze Sache aus, und halb unwillig ließ Pitt ihnen das management. Ein Schottischer Geistlicher hatte im gutgemeinten Eifer für Hastings gegen das house of Commons geschrieben. Stockdale verlegte das Buch und das Haus forderte den König auf, durch seinen Attorneygeneral den Verleger zu belangen. Es geschah. Da wendet sich Stockdale, der Verleger eines Buches, in welchem das ganze Impeachment, das Werk der Whigs aufs heftigste getadelt, die einzelnen Manager scharf angegriffen, die Faction der Whigs hart mitgenommen wurden, an Erskine, an den Theilhaber in ersterer, an den Freund und Anhänger dieser, an deren politische Macht er seine ganze Zukunft geknüpft, von denen allein er Ehre und Beförderung zu erwarten hat. Erskine nimmt an, und seine schönste Rede, von einer Freisprechung gekrönt, ist die bei dieser Gelegenheit gehaltene. Von den alten Tenets der Richter greift er namentlich das an, wonach der Grund des Unterschiedes zwischen libel und anderen Vergehen darin liege, daß das ganze Corpus delicti auf dem Record erscheine. Er zeigt, daß dies nie geschieht; was ist, fragt er, hier geschehen? Man hat aus einem Buche 8 — 10 Stellen herausgerissen, und ohne von dem Geiste des Ganzen, ohne von dem Zusammenhang jener Stellen mit anderen weniger schroffen Notiz zu nehmen, verlangt man von Euch ein Verdict auf guilty. Als wenn ich den Spruch the fool sayp, there it no God trennen und den Drucker desselben wegen der letzten Worte und als Blasphemant anklagen wollte. Das Corpus delicti ist ihm das ganze Buch, wenn ein delictum vorliegt. Er macht weiter darauf aufmerksam, wie der Verfasser seine schärfsten Pfeile gegen eine Faction richtet. Meine Herren Geschwornen, sagt er, diese Faction ist nicht das house *of Commons*, ist nicht die Majorität, das sind wir, die

Whigs! Uns meint er, nicht Euch! Das Haus der Gemeinen ist darin nicht beleidigt. In seinen Schlußworten verwahrt er sich: Was er von der freien Presse gesprochen, daß er den weitesten Raum für ihre Schwingen gefordert, beziehe sich aufs öffentliche Leben, nicht auf die, welche vom Herzblut der Familien sich nähren, vom Mark derselben zehren — solche Libellisten — und wenn sie zehnmal die Wahrheit sagen, müßten die Schwere des Gesetzes fühlen. Nach dieser Rede und diesem Prozeß ging die Libellacte im Unterhause durch; im Oberhause fiel sie, wurde aber im nächsten Jahre 1792 von beiden Häusern angenommen. Fox hielt bei dieser Gelegenheit eine sehr schöne Rede, aber Erskine gebührt das eigentliche Verdienst des Gesetzes. Im Grunde setzt er nur das Libel auf denselben Fuß mit allen anderen Verbrechen, d. h. wie überall hat die Jury das Recht auch bei libels, ein allgemeines Guilty and Notguilty zu geben. Jenes Guilty wird bezogen sowohl auf die äußerlichen Fragen über Publication, als über die Fragen, ob die Schrift libellös oder nicht. Man hatte früher immer gesagt, daß das Guilty bei einem Libellprozesse einem Specialverdict gleichkomme, so daß selbst nach dem Guilty noch eine Freisprechung durch den Richter möglich war. Wie in allen anderen Fällen, ist es auch jetzt in Libellfällen dem vorsitzenden Richter gestattet, der Jury seinen Rath zu geben, aber wie in allen andern ist dies ein bloßer Rath und trotz jenem ad quaestionem facti juratores respondent, respondent judices ad quaestionem juris, hat die Jury die Vollmacht, wenn sie will, durch ihr Generalverdict Recht und Faction zu entscheiden. Wie sehr einzelne Richter aber an der alten Einrichtung auch noch nach dem Erlaß der Libellacte und nach dem fast gleichzeitigen Erlöschen jenes great luminary of law, wie Erskine selbst Lord Mansfield nannte, hingen, sieht man an einzelnen Resumé's

der späteren Zeit, wo der Richter z. B. sagt: No doubt gentlemen of the jury, it is You duly to say if it is a libel or not; but I tell You, it is the most dreadful improves libel I ever saw in my life. Die Aufrüttelungen Erskine's von Gordons Prozeß her und seine frischen Angriffe in den Hochverrathsprozessen von 1794 — wobei er den Ministerien offen sagte, sie wüßten recht gut, daß hinter Allem gar Nichts wäre — brachten auch in diesen lauter Freisprechungen zum Vorschein. Um noch einen kurzen Rückblick auf die Ausdrücke der Richter und der Gesetze zu werfen, soweit sich einige vorfinden, müssen wir hier den Mann verlassen, dessen Name mit der höchsten Glanzperiode der Englischen Barre, mit der Freiheit der Presse und der Würde der Jury von England fast identisch geworden ist. Später war es ihm auch vergönnt, die höchste Staffel des Ruhms im Englischen Juristenstande zu erreichen. Im Ministerium For 1806 war er Lordchancellor, aber das stolzbescheidene Motto, womit er sein Wappen schmückte, als er den Wollsack einnahm: Trial by Jury — verdient hat er es in der Zeit, aus der ich einige schwache Züge seiner Thätigkeit gegeben habe.

Nach der Libellacte hat die Legislation, abgesehen von einer gagging-bill, dem obenangeführten Gesetz 36 Georg III. c. 7, wonach hate and contempt against the King and Government durch Schrift oder Wort zu erregen, mit feril und imprisonment und im Wiederholungsfalle, wie schon oben angeführt, mit 7jähriger Transportation zu bestrafen ist, — aber immer 2 Zeugen verlangt werden — keine neuen Gesetze mehr gemacht, welche auf unser Thema Bezug hätten. Jenes Gesetz scheint mehr ein Schreckschuß mit der Transportation gewesen zu seyn; denn wenn man die früheren Ansichten der Richter durchgeht, findet sich oft derselbe

sdruck hate and contempt vor — auf jeden Fall
also doch die Erregung von Mißvergnügen glorreichen
denkens unser Original. Von den Arten des public
el sind in den früheren Theilen dieser Skizze meist nur
eigentlichen seditious libels gegen König und Gouver-
ent, gegen die Constitution, die Parlamentshäuser
prochen worden, aber die Textwriters, Blackstone,
phens und Starkie stellen auch contempts of the
urts, blasphemy und libels against the public
rality unter jenen allgemeinen Titel. Der drohende
ach of the peace ist in dem System die zusammen-
tende Agraffe. Wie schlecht gewählt sie aber ist, zeigt
auch evident daran, daß ein breach of the peace in
Regel mit der Nöthigung Bürgschaft zu stellen be-
ft wird, daß hier dagegen nur die fingirte indirecte
ßerung dazu, wie wir gesehen haben, sogar mit
nsportation bedroht war. Was nun die Ausdrücke
Englischen Juristen von Ansehn betrifft, so sind sie
rdings nicht so bedeutsam, als die lex gewordenen
ßerungen der Römischen — sie sind höchstens mate-
l Gesetz, aber es wäre doch in anderen Punkten
nches aus ihnen zu entnehmen, wenn sie nicht eben
gar unbestimmt wären, oder auf der andern Seite
rs zu sehr an einen einzelnen Fall zu denken schienen.
braucht darüber nicht viele Worte zu verlieren; ähn-
en Klingklang, wie z. B. Blackstone giebt, haben wir
Deutschland auch; nur ist die Tonart in der Regel et-
s tiefer. Sonst ist durchschnittlich bei uns und in
gland die Oekonomie und der Zuschnitt in Staatsanklä-
reden und Richtersummirungen gleich. Man beginnt mit
m hohen olympischen Elogium der freien Presse, man
rde gewiß niemals zu ihrer Benachtheiligung die Hand
en — allein im vorliegenden Fall. Es geschehe im
nste der Preßfreiheit, wenn man die Frechheit zügle u. s. w.

Die Textwriters stellen natürlich den Obersatz nicht auf einen einzelnen Fall, sondern verallgemeinern auch die Ausnahme, wodurch sie denn flacher und nicht so lebensgefährlich erscheint. Es ist dies in der Natur der Sache begründet und soll durchaus kein Vorwurf z. B. gegen das Buch von Starkie seyn, welches viel Nützliches enthält und dem Untersucher des Englischen Rechts viele Arbeit spart — und dessen Hauptfehler ist, daß es vor 35 und resp. 20 Jahren geschrieben wurde. Wenn in unserer Wissenschaft Werke sich so lange auf der Höhe der Zeit erhalten, müssen sie gemeiniglich bei ihrem Erscheinen einen guten Vorsprung genommen haben, und sind vielleicht die ersten zehn Jahre unpraktisch gewesen. Seine Bestimmungen über libel gegen den König und das Ministerium (Gouvernement sagt man meist im Englischen, was auch den König einbefaßt, aber worunter man ihn bei libels nicht eingeschlossen denkt) sind großentheils gut. Er hält darauf, daß die Person des Königs ganz frei bleibe — mit Recht, denn für seine politischen Handlungen ist er nicht verantwortlich, da er sie ja auch nur nach einer Fiction selbst thut — und von seinem Privatleben nimmt das Recht keine Notiz. Ganz anders das Ministerium. Es ist in socialen Dingen zu tadeln, wo es nicht gerade angeklagt werden kann, daß die öffentliche Besprechung seiner Maßregeln ebenso nothwendig, als das Erzählen dessen, was der Fürst thut, überflüssig ist. Daher liegt im letzteren Fall prima facie ein strafbares Tadeln, im ersteren eine straflose Rüge vor. Wo natürlich ein König die constitutionelle Praxis mit Füßen tritt, sein Ich in die Wirklichkeit des Staatslebens hineindrängt, da ist natürlich Alles verkehrt; man kann jenen Grundsatz ihm nicht zugeben und dem Königthum ist er doch nothwendig. Dabei hören die Rechtsfragen auf. Wo der König sich als Präsident benimmt, macht er ganz

natürlicher Weise seine Unterthanen zu Republikanern. Besondere Strafbestimmungen für die Beleidigung der Königin, der königlichen Prinzen u. s. w. giebt es in England nicht, wenn man nicht das alte Scandalum Magnatum heranziehen will. Wir werden unten sehen, wie in England Prinzen von „Geblüte" klagen. Gleichberechtigt neben dem König stehen die Parlamentshäuser; nur daß sie niemals ohne ihren Befehl anklagen lassen und das Recht haben, was der Krone (den Ministern natürlicher Weise) fehlt, selbst Justiz zu üben. Aehnlich können wegen Contempt die Courts anklagen lassen oder unmittelbar selbst strafen. Im Court geäußerte Schimpfworte stehen dem libel gleich. Der Verkauf und das Ausstellen von unsittlichen Büchern ist in die Vagrantsbil aufgenommen und wird jetzt summarisch von den Justices of the peace bestraft. Ehe ich zum Privatlibell übergehe, will ich noch ein feines Libel anführen, wegen dessen nach des Verfassers Perry Vertheidigung der Angeklagte, Herausgeber der Morning-Chronicle, 1810 freigesprochen wurde, und dessen Beurtheilung im Resumé durch Lord Ellenborough gleichfalls ein schöner Beleg ist. Man findet Beides in den State-trials (XXXI. B.) vom angegebenen Jahre und im 2ten Theil von Starkie. — Es heißt: Welch eine Fülle von Glückseligkeit kommt über Einen, in Gedanken bei der Betrachtung, was Alles ein vollständiger Wechsel des Systems dem Vaterlande bringen könnte! Von allen Monarchen, wahrlich, seit der Revolution wird der Nachfolger Georgs des Dritten die schönste Gelegenheit haben, im edelsten Sinne populär zu werden.

Was von den Actions, den Klagen auf damages im Allgemeinen bemerkt wurde, kann vollkommen genügen; ich will nur das noch hervorheben, daß in Actionen, wo auf jeden Fall die damages beurtheilt werden mußten, wo *die Mehrheit mit* at issue war und vor der

Jury besprochen und bewiesen wurde, der Jury immer Alles gelassen wurde, der Richter ihnen aber die oben angeführten Regeln vorzuhalten pflegte. Uebrigens werden sie sowohl als die Criminalanklagen in diesem Jahrhundert immer seltner. Mir sind nur einige Fälle erinnerlich, wo gegen Blätter wegen Mittheilung von Verhandlungen in einer Magistratsvoruntersuchung geklagt wurde und auch wirklich Verurtheilungen erfolgten. Der Richter ging von dem Grundsatze aus, daß Veröffentlichung von Voruntersuchungen durch die Presse von vornherein schädlich seyen und daher keine Justification in sich hätten, daß aber bei einem trial die Veröffentlichung nur durch ein Verbot des Richters contempt gegen den Court, und libel gegen die Betheiligten werde.

Die heilige Allianz warf natürlich auch einige verzehrende Strahlen nach England herüber, es gab Hochverrathsprozesse, Prozeduren wegen riots, strikes, unlawful combinations — aber libel war nicht mehr an der Tagesordnung, gerade so wie wir in den letzten Zeiten der Stuart es gesehen und es sich ähnlich in den späteren Jahren der Französischen Revolution nach den goggingbils verhielt. Galt uns Erskine als der Anfang dieser Periode, wo die Jury mächtiger und die Verfolgungen seltener werden, so können wir füglich Cannings Ministerium als den Beginn der Zeit betrachten, worin wir in unserer Lehre jetzt stehen und worin ich die goldne Praxis von England sehe: wo die Jury allmächtig ist und die Staatsverfolgungen ganz aufgehört haben. Ich habe mich befragt bei Alt und Jung, bei Radicalen und Conservativen, bin alle Reports durchgegangen, welche seit jener Zeit erschienen, aber Niemand hat mir einen Fall nennen können, daß während dieses Zeitraums von den Anwälten der Regierung ein Staatslibellprozeß *angestellt* worden. Von Lord Campbell liegt das Zeugniß

daß er niemals während er Attorneygeneral war
e unangenehme Lage gekommen, von einer Englischen
für die Regierung wegen Preßvergehen ein Verdict
erlangen. Und ich habe Niemanden gefunden, der
Zustand der Dinge nicht gerühmt und nicht zugleich
hert hätte, daß es jetzt in England eine Unmöglich-
sey, für ein politisches Libel ein Guilty zu erlangen.
Emancipation der Katholiken, die Reformbill, die
zollaufhebung waren gewiß Bewegungen, die bei dem
schen Charakter Englands nicht geringere Kreise schlü-
als bei uns das vergangene Jahr; — hundertjäh-
Vorurtheile, altverjährte Rechte, und, der mächtigste
allen Herrschern, der Eigennutz, wurden in jenen
rungen angegriffen — als die Lords sich besannen,
e die Reformbill passiren lassen wollten, stand Eng-
am Vorabend einer Revolution — ohne nur die
lichen Organe jener Sturmperioden gesehen zu haben,
Jeder sich vorstellen, mit welcher Heftigkeit und Par-
ith sie sich geäußert, wie unausbleiblich unreine Ele-
e hie und da mit obenschwammen; — aber dennoch
in Preßprozeß vorgekommen. Keine Partei hat ver-
, daß sie gleichgerüstet ihrem Feinde gegenüberstand,
was er ihr abgewann, im offnen ehrlichen Kampfe
gen wurde, — und jedes regierende Ministerium
e, daß dieselbe Waffe der Staatsverfolgung, von
im Amte gebraucht, vielleicht nach einem halben
r von der dann regierenden Gegenpartei gegen
Prinzipien und seine Organe gekehrt werden könnte.
s hodie mihi, tibi cras, dessen Einfluß man, wie die
schen nun einmal sind, fast nicht überschätzen kann,
leider in den Staaten weg, wo eine Hofpartei, mag
m Fürsten angeführt werden oder, was gewöhnlicher
ihn anführen, *immer die* Rolle des Verfolgers spielt
nur durch eine etwanige Revolution in die Stellung

des Besiegten kommt. Hofpartei heißt mir hier jede, welche nicht offen und ehrlich geschlossene Reihen auf dem politischen Kampfplatz bildet, deren Vollmacht nicht von der Majorität des Parlaments kommt, sondern die sich aus dem persönlichen Einfluß des Fürsten, aus der politischen Gewalt einer stehenden Armee, aus den Erinnerungen alter Adelsherrlichkeit und den Kräften einer polypenartigen Büreaukratie ihr Scepter zusammengeschweißt, und welche so glücklich ist Dummköpfe oder Schurken zu finden, die als Ministerium dies Scepter — ihr eignes Kreuz — tragen, ins Amt nichts als ihre eigne Unbedeutendheit und Unfähigkeit mitbringen, und statt des Hasses nur die Verachtung einer jeden aufgeklärten politischen Partei daraus mit fortnehmen. Ich mag dies Bild nicht weiter ausmalen — zumal da wir von Burke's Meisterhand die Schilderung eines solchen Zustandes besitzen, eine Schilderung von so frischen Farben und so frappanten Aehnlichkeiten, daß man sie, statt 1770, als 1848 entstanden aufrollen könnte. Erfreuen wir uns lieber noch einen Augenblick an Englands besserer Wirklichkeit. Von Majestätsbeleidigungen weiß man hier nichts. In politischen Dingen schimpft man auf Russel, Peel, Cobden — Victoria wird da nicht genannt — und wenn z. B. auch 1846 Robert Peel im Parlament anzeigte, daß Ihre Majestät ihn, ihren ergebensten Diener, zu entlassen geruht und, wie er glaube, den ehrenwerthen Lord auf der entgegengesetzten Bank zu sich gerufen, so heißt das: ich habe die Majorität nicht mehr, und ihr ein neues Ministerium gemacht. Ich glaube gern, daß über die häuslichen Verhältnisse der Königin und des Prinzen Albert oft allerlei Unfeines gesprochen wird; — daß Unsanftes geschrieben wird, zeigt z. B. Punch, aber man scheint hier der Fiction: the King can do no wrong, eine andere: *the people* can mean wrong, entgegenzustellen. Ein

in wenig Medisance über seinen Souverain kann man
hn Bull, denkt man, schon gestatten. Ich glaube übri=
s, wenn nicht die Münzen wären, die Königin würde
b und halb vergessen. Wo sie einmal öffentlich auftritt,
Parlamentseröffnungen und anderen Staatsactionen,
sieht sie so freundlich aus, da bekommt das Volk so
Schreier zu sehen — daß das Volk sich von Herzen
ihr freut und das God save the Queen die Fenster
ren macht. Man braucht gerade kein großer Freund
monarchischen Beiwerks im Repräsentativstaat zu seyn,
an einem solchen unbefangenen Verhältniß zwischen
stin und Volk seine ehrliche Freude zu haben. Daß
wo man keine schriftlichen Staatsbeleidigungen mehr
st, die mündlichen von selbst jeder Rüge durch die
ichte entzogen sind, versteht sich von selbst. In Be=
auf Privatbeleidigungen ist der gegenwärtige Zustand
Englischen Rechts weniger rühmenswerth. Ich habe
n die bedeutenderen Mängel hervorgehoben, einzelne
ngen so in die Augen, daß ich sie kaum als solche
nnt. Es wird im folgenden Abschnitt meine Auf=
seyn, nach den Erfahrungen, welche aus ihnen ge=
n worden, nach den Vorschlägen der Englischen Prak=
— und hier muß Broughams Name wie kein an=
mit gebührendem Ruhme genannt werden — und
entlich nach den Ideen der India law consolidation
mission und des Livingston'schen Code für Loui=
die Grundsätze zusammenzustellen, welche mir für
che Zustände nöthig erscheinen, aus jenem großen
tze das Annehmbare zu vertheidigen und die Gründe
das Ablehnen anderer Bestimmungen anzuführen. Es
icht Undankbarkeit, noch Unterschätzung, wenn ich in
Materie mir aus jenen lieber, als aus dem Corpus juris
Bausteine zusammengetragen. Aber wer mag läugnen,
der unsterbliche Stein der Römischen Rechtswelt zum

großen Theil auch in den Englischen Rechtsbau übergegangen, daß er in diesem thätig und lebendig erhalten — re vera handeln z. B. jetzt alle Englischen Richter wie der Römische Prätor vor dem edictum perpetuum — und daß auf der andern Seite gerade in unserer Lehre eine abweichende Grundanschauung und eine verwerfliche Praxis, gebaut auf einzelne abscheuliche Codexstellen (in der Lehre von der Majestätsbeleidigung sowohl als dem Hochverrath muß der Tadel in Bezug auf das Römische Recht nicht sowohl gegen dessen Bestimmungen, als gegen das wirkliche R. R., den von der nachrömischen und deutschen Praxis eingeführten Mißbrauch jener gerichtet werden), ein näheres Anschmiegen an Einzelbestimmungen jenes in unserer Zeit ganz unmöglich gemacht hat. Daß eine freie Presse wie eine immer thätige Maschine sich selbst rostfrei und blank erhält, zeigte sich auch in England seit der Libellacte. Es werden jetzt weniger Privatinjurienprozesse behandelt, als früher — aber die Verurtheilungen sind jetzt viel häufiger. Früher versteckte sich jeder Libellant hinter die Härte des Gesetzes, welches ihn dem Urtheil seiner Mitbürger, der Jury, entzog — jeder Angeklagte stellt sich als die verkörperte Preßfreiheit dar. Seit jener Acte haben solche Leute, welche von Schmutzblättern leben, eine Freiheit erhalten, welche sie im Prozeß oft genug um ihre Freiheit bringt. Für die, welche Autoritäten verehren und besonders hohe, möge ein solches Beispiel diese Abtheilung schließen. 1833 war der Duke of Cumberland (der jetzige König von Hannover) in einem Blatte aller möglichen Verbrechen, sogar eines Mords beschuldigt worden. Was that der Bruder des Königs? Er begnügte sich nicht durch affidavit in der Kingsbench seine Unschuld zu versichern, er rief alle Leute, welche von dem *Todesfalle* Wissenschaft hatten, Krankenwärter, Coroner und Inquestjuries vor die Schranken des Gerichtshofes,

um, was wie wir gesehen haben nicht nöthig war, die Unwahrheit des Gesagten zu beweisen, und endlich kam er selbst in die witnessbox, um sich vor 12 seiner Mitbürger von dem auf ihn geworfenen Verdacht zu reinigen — und ließ sich von seinen und den Anwälten der Gegenpartei verhören und kreuzverhören. Und das war ein Hochtory und war der Herzog von Cumberland!

X.

Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für die Thüringischen Staaten unter Berücksichtigung der bisherigen Sächsischen criminalgesetzlichen Bestimmungen.

Von
Herrn Geheimen Justizrath Dr. Groß
in Dresden.

(Beschluß von Nr. VI. im vorigen Hefte.)

Art. 29.

Die hier aufgestellten Grundsätze über rechtswidrigen Vorsatz stimmen im Wesentlichen mit dem Inhalte des Art. 31 der Sächsischen Gesetzbücher überein, nur ist der darin befindliche Satz weggelassen, daß ein vorsätzliches Verbrechen auch dann vorhanden ist, wenn die verübte Handlung von einer solchen Beschaffenheit war, daß der Thäter den wirklich eingetretenen Erfolg voraussehen mußte, über dessen Auslegung Busch a. a. O. S. 74 fg. und die von ihm angeführten Schriftsteller zu vergleichen. Ob durch die im Entwurfe enthaltenen Bestimmungen die

in den Sächsischen Gesetzbüchern bezeichneten, unstreitig als vorsätzliche Verbrechen zu bestrafenden Fälle sämmtlich getroffen worden, möchte doch zu bezweifeln seyn.

Art. 30.

Auch hier ist die wegen der fahrlässigen Verbrecher gegebene Bestimmung mit dem Art. 32 der Sächsischen Gesetzbücher gleichlautend, jedoch ist eine Definition der Fahrlässigkeit hinzugefügt, welche man dort übergangen hat, um rein theoretische Sätze zu vermeiden.

Art. 31.

Die im Art. 33 u. 34 der Sächsischen Gesetzbücher wegen der gleichen Theilnahme an verbrecherischen Handlungen gegebenen Vorschriften sind in diesem Artikel ohne materielle Abänderung zusammengefaßt, auch ist darin die in den Sächsischen Gesetzbüchern im Capitel von der Zumessung der Strafe und von Schärfungs- und Milderungsgründen enthaltene Bestimmung über die Zumessung der Strafe bei mehreren gleichen Theilnehmern mit aufgenommen.

Art. 33.

Die in diesem Artikel enthaltene, in den Sächsischen und andern neueren Gesetzbüchern wenigstens nicht ausgesprochene Bestimmung, daß mehrere Personen, welche bei Ausführung einer verbrecherischen Handlung ohne ausdrückliche oder stillschweigende Uebereinkunft mitwirken, nicht als gleiche Theilnehmer, sondern als einzelne Verbrecher zu behandeln sind, dürfte theils überflüssig, theils in der Wirklichkeit kaum anwendbar seyn, sobald dabei vorausgesetzt wird, daß von der Ausführung einer und derselben verbrecherischen Handlung die Rede ist, und die *gemeinschaftliche Theilnahme* schon durch eine stillschwei-

gende Uebereinkunft begründet wird. Das für einen solchen Fall von **Krug** in den Studien zum Criminalgesetzbuch Abth. 1. S. 81. und von **Weiß** a. a. O. Th. 1. S. 168 (II. Ausg. S. 169) angeführte Beispiel, daß zwei Personen jeder für sich die Ermordung eines Dritten beschließen, am Orte der Ausführung zufällig zusammentreffen und dann jeder für sich handelt, ohne sich um den andern zu bekümmern, ist zwar denkbar, dürfte aber zu den allerseltensten Ereignissen gehören; dagegen ist das zweite von **Weiß** erwähnte Beispiel eines nicht gemeinschaftlich ausgeführten Diebstahls nur dann als richtig anzusehen, wenn man annimmt, daß z. B. der erste Dieb einen Fensterladen im Hause des Bestohlenen erbrochen und eingestiegen, der zweite, nachher zufällig ebenfalls dahin gekommen, den erbrochenen Fensterladen bemerkt, und die Oeffnung ebenfalls zur Ausführung eines Diebstahls auf seine eigene Hand benutzt hat. Sollten aber beide zufällig zugleich an das Haus gelangt seyn, und gemeinschaftlich oder wenigstens der eine in des andern Beiseyn den Fensterladen aufgebrochen haben, so würde meines Erachtens schon eine stillschweigende Uebereinkunft wegen gemeinschaftlicher Ausführung des Diebstahls vorhanden seyn, und darauf, daß jeder für sich gestohlen hat, eben so wenig als in andern Fällen auf eine ungleiche Theilung der gestohlenen Sachen etwas ankommen. Sollte der Artikel des Entwurfs unverändert bleiben, so würde er in der Praxis gewiß zu vielen Bedenken und Zweifeln Veranlassung geben.

Art. 36.

Nach dem Vorgange mehrerer neueren Gesetzbücher, namentlich des Würtembergischen, Hannoverschen und Großherz. Hessischen, sind zu den im Art. 38 der *Sächsischen Gesetzbücher* aufgestellten Fällen der Begünstigung

eines Verbrechens noch diejenigen hinzugerechnet, wo der Begünstiger Gegenstände des fremden Verbrechens an sich bringt, an Andere absetzt oder absetzen läßt oder von denselben einigen Nutzen zieht: welche Handlungen im Art. 239 der Sächsischen Gesetzbücher zwar auch als Begünstigung, jedoch nur in Beziehung auf Verbrechen gegen das Eigenthum erklärt worden. Fälle dieser Art werden der Natur der Sache nach eigentlich nur bei dem letztgedachten Verbrechen vorkommen, und es fragt sich, ob nicht durch die Aufnahme dieser Bestimmungen in den allgemeinen Theil des Gesetzbuchs die Fälle der Begünstigung eine zu große, von dem Gesetzgeber selbst nicht beabsichtigte Ausdehnung erhalten würden, wie denn z. B. die Käufer der im Art. 191 des Entwurfs erwähnten durch den Druck veröffentlichten Schmähschriften oder Schandgemälde ebenfalls als Begünstiger des dadurch verübten Verbrechens zu bestrafen seyn würden.

Nicht weniger ist hier auch die Bestimmung des Art. 239 der Sächsischen Gesetzbücher aufgenommen, daß bei Eheweibern und Kindern der Verbrecher das Empfangen des nöthigen Unterhalts für einen unerlaubten Gewinn nicht zu achten ist, diesen Personen sind jedoch noch beigezählt Pfleglinge der Verbrecher. Dieser Ausdruck dürfte aber viel zu unbestimmt seyn, und selbst auf den in meiner Ausgabe des Criminalgesetzbuch Abth. II. S. 160 erwähnten Fall ausgedehnt werden können, wo eine liederliche Weibsperson als Zuhalterin von Diebsgenossen mit diesen herumzieht und dabei den nöthigen Unterhalt empfängt.

Art. 46.

Den in diesem Artikel in Beziehung auf die Strafschärfung wegen Rückfälligkeit des Verbrechens enthaltenen Bestimmungen ist die allgemeine Bemerkung vorausgeschickt, *daß die* Strafbarkeit eines Verbrechens steigt,

jemehr er durch seinen früheren Lebenswandel Verdorbenheit und Hang zu strafbaren Handlungen gezeigt hat, welche hier wohl nicht an geeigneter Stelle stehen dürfte, da es bei dem Rückfall um eine über die Grenzen der gesetzlichen Strafe hinausgehende Schärfung sich handelt, was in dem erwähnten Falle aber nicht statt finden kann. Sodann sind für Bestrafung der Rückfälligkeit folgende Vorschriften gegeben:

1) Der Richter ist ermächtigt, die den Verbrecher sonst treffende Strafe nicht nur innerhalb des anzuwendenden gesetzlichen Strafsatzes durch Auswahl einer höheren Strafart oder längeren Strafdauer, sondern auch rücksichtlich der Strafdauer selbst über das für das fragliche Verbrechen gesetzlich bestimmte Maaß hinaus, jedoch nur bis zu der Verdoppelung der eigentlichen Strafe und bei Arbeitshaus- oder Zuchthausstrafe nicht über die gesetzlich längste Dauer derselben zu erhöhen.

2) Bei Auswahl einer höheren Strafart hat der Richter das im Schlußsatz des Art. 10 bestimmte wechselseitige Verhältniß der Freiheitsstrafen zu berücksichtigen.

3) Der Richter ist befugt, Gefängnißstrafen von Sechs Monaten oder darüber mit um die Hälfte verkürzter Dauer im Arbeitshause verbüßen zu lassen, wenn das zu bestrafende Verbrechen im höhern Grade mit Arbeitshaus bedroht ist, und es treten bei dieser Verbüßung im Arbeitshause die Folgen der Arbeitshausstrafe nicht ein.

4) Bei wiederholtem Rückfall kann der zuerkennenden Strafe eine der im Art. 12 erwähnten Schärfungen beigefügt werden.

5) Auf eine Schärfung der gesetzlichen Strafe kann erkannt werden, wenn der Verbrecher früher wegen *ungleichartiger* Verbrechen Strafe erlitten hat.

Die unter 1, 4 und 5 befindlichen Bestimmungen treffen völlig mit den Vorschriften der Sächsischen Gesetzbücher Art. 58 und 61 unter 1 überein.

Dagegen läßt der Satz unter 2 den Zweifel übrig, ob der Richter bei Bestrafung des Rückfalles über die Grenzen des Gesetzes hinaus in eine höhere Strafart übergehen kann. Es scheint diese verneint werden zu müssen, da nach den Worten des Entwurfs dem Richter nur innerhalb des anzuwendenden gesetzlichen Strafsatzes die Auswahl einer höheren Strafart gestattet ist, und die Strafe nur rücksichtlich der Strafdauer über das für das Verbrechen gesetzlich bestimmte höchste Maaß hinaus erhöht werden kann, wie denn auch bei dem Satz unter 3 immer vorausgesetzt ist, daß ein Verbrechen, bei welchem wegen Rückfalls von Gefängniß auf Arbeitshaus übergeschritten werden kann, wenigstens im höheren Grade gesetzlich mit Arbeitshaus bestraft wird. Es ist also wohl anzunehmen, daß der Richter nur da in eine höhere Strafart übergehen kann, wo das Gesetz selbst die Auswahl unter mehreren Strafarten gestattet, wie bei der Fälschung, welche nach Art. 253 mit Arbeitshaus oder Zuchthaus bis zu Sechs Jahren zu bestrafen ist. Ist aber dieses die Meinung des Gesetzes, und der Richter will bei einem Uebergange in die höhere Strafart die Geltung der Freiheitsstrafen gegen einander berücksichtigen, so könnte z. B. in dem erwähnten Falle einer Fälschung der Richter eine Arbeitshausstrafe von 2 Jahren angemessen finden, und dafür wegen Rückfalls eine Zuchthausstrafe von Einem Jahre nach der Geltung substituiren, der Richter zweiter Instanz aber die Strafe zu hoch finden, und solche auf achtzehn Monate Arbeitshaus herabsetzen, was zwar der Geltung nach richtig wäre, allein alle die bereits bei den Artikeln 24, 25 erwähnten Convenienzen hervorrufen würde, welche Veranlassung zu der Erlassung des Sächsi-

schen Gesetzes vom 30. Juli 1846 gegeben haben. Die Bestimmung unter 3 kann zufolge des im Art. 10 ausgesprochenen Princips, daß Gefängnißstrafe nicht über drei Monate ansteigen darf, wenn nicht das Gesetz eine längere Dauer ausdrücklich zuläßt, nur bei den nach dem Gesetz zulässigen Gefängnißstrafen über drei Monate eintreten, dann aber auch nur da, wo nach dem einschlagenden Artikel neben der Gefängnißstrafe zugleich Arbeitshausstrafe angedroht wird. Wenn aber dabei zugleich die Vorschrift gegeben ist, daß in diesem Falle die Verbüßung der Arbeitshausstrafe nicht die Folgen derselben nach sich ziehen soll, so ist zu bemerken, daß im Art. 9 die Folgen der Arbeitshausstrafe gar nicht angegeben sind, sondern deshalb auf die bestehenden oder noch zu erlassenden gesetzlichen Vorschriften verwiesen wird. Indeß würde es doch bedenklich seyn, Jemandem, wenn er auch unter diesen Verhältnissen Arbeitshausstrafe verbüßt hat, die Fortführung eines Staatsamtes, die Wahlfähigkeit bei Landtagen und ähnliche Rechte zuzugestehen. Angemessener ist wohl jedenfalls die Bestimmung der Sächsischen Gesetzbücher Art. 58, daß bei dem Rückfall auf Arbeitshausstrafe statt auf Gefängniß nur bei Verbrechen erkannt werden kann, welche höchstens mit drei Monaten Gefängniß, in höherem Grade aber mit Arbeitshaus bestraft werden, also bei solchen, welche in der Regel schon in der öffentlichen Meinung für entehrend gelten.

Art. 49.

Hier ist die im Art. 65 der Sächsischen Gesetzbücher enthaltene, zur Berathung des Criminalgesetzbuchs in der Sächsischen Ständeversammlung sehr heftig bestrittene Bestimmung wegen Straflosigkeit der Eigenthumsverbrecher bei dem aus eigenem freien Antriebe und vor dem Einschreiten einer Behörde geleisteten Ersatz doch mit einigen

Modificationen aufgenommen werden. Zunächst sind hinter den Worten: „aus eigenem freien Antriebe", noch die Worte: „und ehe ein Anfordern des Beschädigten statt gefunden", eingeschaltet worden, unstreitig um dadurch noch bestimmter zu bezeichnen, daß der Ersatz ohne alle vorherige Anregung von Seiten des Verletzten erfolgt seyn müsse. Daß auch ohne diesen Zusatz schon nach der Fassung der Sächsischen Gesetzbücher dieselbe Voraussetzung statt finde, behauptet Weiß a. a. O. Th. 1. S. 294 u. 296, und es stimmt damit auch der angenommene Antrag in dem Bericht der Deputation der I. Sächsischen Kammer über den Entwurf des Criminalgesetzbuchs überein, statt der Worte des Entwurfs: aus eigenem Antriebe, zu setzen: aus eigenem freien Antriebe, „um mehr zu bezeichnen, daß der Antrieb zum Ersatz nicht etwa in Drohungen mit der Anzeige oder dergleichen bestanden haben „dürfe." (Landtagsacten v. J. 1836 Bd. I. u. Abth. 2. Samml. 3. S. 75.) In einem solchen Falle würde nun unstreitig die Straflosigkeit ausgeschlossen bleiben; dagegen dürfte der Aeußerung von Weiß S. 294 nicht unbedingt beizupflichten seyn, daß auch bei einer nur entfernten Vorhaltung des Verletzten, worauf der Thäter sich veranlaßt fühlt, das Verbrechen zu gestehen und Ersatz zu leisten, nicht die Vorschrift des Artikels, sondern nur Strafmilderung eintrete. Weiß führt selbst einen Fall an, wo das Oberappellationsgericht die Straflosigkeit eines Dienstmädchens anerkannt hat, welche auf Vorhaltung ihres Vaters einen bei ihrer Dienstherrschaft begangenen Diebstahl eingestanden und Ersatz geleistet hatte. Lag hier sogar eine bestimmte Anschuldigung des Diebstahls, wenn auch nicht von Seiten des Verletzten vor, so scheint doch auch dann, wenn nicht auf eine directe Bezüchtigung, sondern auf eine allgemeine, nicht auf die Person gerichtete Aeußerung des Verletzten, der Thäter

Geständniß ablegt und Ersatz leistet, Straflosigkeit stattfinden zu können. Weiß scheint dieses selbst anzuerkennen, indem er in der II. Ausgabe S. 218 das Wort „entfernt" weggelassen hat. Selbst nach den Worten des Entwurfs dürfte in einem solchen Falle die Straflosigkeit nicht ausgeschlossen seyn, da hierzu ein Anfordern des Beschädigten, mithin eine unzweifelhafte Beimessung des Verbrechens verlangt wird. Es werden immer die Specialitäten des einzelnen Falls in Erwägung zu ziehen und dabei zu berücksichtigen seyn, daß bei allen einfachen Verbrechen gegen das Eigenthum das Interesse der Verletzten vorzüglich in Obacht zu nehmen ist, und es unter gewissen Verhältnissen sehr im Interesse des Verletzten liegen kann, den Verbrecher nicht in Untersuchung ziehen zu lassen. (Landtags-Acten v. J. 1836. Abth. I. Bd. III. S. 133.)

Sodann findet sich im Entwurfe der Zusatz, daß die Straflosigkeit bei Veruntreuungen und bei dem Betrug zur Eingehung von Verträgen auch dann statt finden soll, wenn der Verbrecher zwar nicht aus freiem Antrieb, aber doch auf Anfordern des Beschädigten vor Einschreiten einer Behörde Ersatz leistet. Diese mildere Bestimmung dürfte in Beziehung auf das Verbrechen des Betrugs wenigstens dann nicht unbedenklich seyn, wenn man, wie es jetzt leider von mehreren Gerichtshöfen geschieht, die Grundsätze über den Betrug bei Verträgen auch auf solche Verträge anwendet, bei welchen der Betrüger gar nicht die Absicht hatte, einen wirklichen von ihm zu erfüllenden Vertrag einzugehen, sondern das Scheingeschäft nur vorspiegelt, um unter dieser Form einen gewöhnlichen Betrug auszuführen, indem dann gerade den gefährlichsten Gaunern Gelegenheit gegeben würde, im Fall der Entdeckung durch ein Abkommen mit den Betrogenen sich der Straflosigkeit zu versichern.

Ferner ist der in den Sächsischen Gesetzbüchern enthaltene Satz ausgefallen, daß in einem solchen Falle bei nur theilweise bewirktem Ersatz bei Festsetzung der Strafe nur auf den nicht ersetzten Betrag Rücksicht zu nehmen ist. Diese Bestimmung möchte sich dadurch rechtfertigen lassen, namentlich in Beziehung auf die von mehreren Theilnehmern gemeinschaftlich verübten Eigenthumsverbrechen, deren Betrag nach dem Entwurfe ebenso wie nach den Sächsischen Gesetzbüchern jedem Theilnehmer vollständig zuzurechnen ist.

Nimmt man aber an, daß drei Theilnehmer gemeinschaftlich einen Diebstahl ausgeführt und das Gestohlene sofort unter sich gleich vertheilt haben, einer davon aber aus Reue freiwillig dem Bestohlenen das Verbrechen eingesteht und den auf ihn gefallenen Antheil zurückgiebt, mithin seiner Seits Alles gethan hat, was ihm möglich war um der gesetzlichen Vorschrift zu genügen, so würde es doch gewiß hart seyn, wenn man ihm außer den ihm ohnehin noch zur Last fallenden unverletzten zwei Drittheilen des Gestohlenen auch das von ihm ersetzte Drittheil bei Festsetzung der Strafe anrechnen und so seinen Mitschuldigen gleichstellen wollte, zumal da eine Verminderung der anzurechnenden Summe selbst eine Herabsetzung der Strafart zur Folge haben kann.

Endlich ist in Beziehung auf die Theilnahme an einem solchen Verbrechen die Straflosigkeit auf diejenigen beschränkt, welche an dem Ersatze Theil genommen haben, wogegen nach den Sächsischen Gesetzbüchern bei der von einem Theilnehmer bereits vollständig bewirkten Ersatzleistung die übrigen Theilnehmer auch straflos bleiben, wenn sie nur vor der Untersuchung das Verbrechen gegen den Verletzten außergerichtlich eingestanden haben. Diese Bestimmung beruht darauf, daß durch den bereits vollständig *geleisteten* Ersatz den übrigen Theilnehmern die

Möglichkeit benommen ist, ihre Reue auf gleiche Weise thätlich zu bezeugen, mithin sie dieselbe nur durch ein freiwilliges Geständniß an den Tag legen können, überdies bei dem Wegfall dieser Bestimmung es völlig in der Hand des erstern Ersatzleistenden liegt, seine Mitschuldigen straflos oder straffällig zu machen, je nachdem er dem Verletzten den Ersatz zugleich in ihrem Namen leistet oder nicht.

Uebrigens ist sehr richtig die in dem Altenburgischen und Meiningischen Criminalgesetzbuche hinzugefügte Bedingung hinweggelassen worden, daß die Entschädigung des Verletzten innerhalb vier und zwanzig Stunden nach der Verübung des Verbrechens erfolgen müsse, wofür sich, noch abgesehen von der oft schwierigen Ermittelung, ein rationeller Grund schwerlich auffinden lassen dürfte.

Art. 50. 51.

Der im Art. 48 der Sächs. Gesetzbücher ausgesprochene Grundsatz, daß bei einer ideellen Concurrenz von Verbrechen nur auf die Strafe des schwersten Verbrechens zu erkennen ist, wird auch im Art. 50 des Entwurfs anerkannt, jedoch sind im Schlußsatze dieses Artikels wie im Art. 51 noch die Bestimmungen hinzugefügt, daßerstens, wenn bei Einem Verbrechen mehrere Umstände zusammentreffen, weshalb dasselbe mit höhern Strafsätzen bedroht ist (was insbesondere bei dem Raube, der Brandstiftung und dem ausgezeichneten Diebstahle der Fall seyn kann), auf die dem am meisten erschwerenden Umstand entsprechende Strafe unter Berücksichtigung der übrigen bei der Strafzumessung zu erkennen, zweitens die Fortsetzung Eines Verbrechens durch mehrfache Uebertretungen desselben Strafgesetzes als Grund höherer Strafbarkeit zu betrachten ist. Beide Vorschriften finden sich gewiß richtig, wohl aber fragt es sich, ob deren besondere

Erwähnung unbedingt nothwendig, da sie aus dem im Art. 50 ausgesprochenen Hauptgrundsatze von selbst hervorgehen.

Art. 53.

Der von Busch a. a. O. S. 96 fg. gegen die Bestimmung des Art. 50 der Sächsischen Gesetzbücher angeregten Zweifel ungeachtet hat der Entwurf, und wohl mit Recht, diese Bestimmung nebst der durch das Sächsische Gesetz vom 16. Juni 1840 dazu gegebenen und in den übrigen Gesetzbüchern ebenfalls zu findenden Erläuterung beibehalten, und es sey hierbei in Beziehung auf die Aeußerungen von Busch nur die Bemerkung gestattet, daß die Vorschrift wegen Zusammenrechnung des Betrags mehrerer Eigenthumsverbrechen in den allermeisten Fällen eine große Strafmilderung für die Verbrecher herbeiführt, indem z. B. Vier einfache Diebstähle, jeder von einem Betrage über 50 Thaler, höchstens mit Sechs Jahren Arbeitshaus zu bestrafen sind, wogegen bei Berücksichtigung der verschiedenen Diebstähle als einzelne Verbrechen die Strafe bis zu Vier und Zwanzig Jahren Arbeitshaus steigen könnte, da wenigstens nach den Sächsischen Gesetzbüchern Art. 56 die vorgeschriebene Beschränkung der Dauer der Zucht- und Arbeitshausstrafe bei zusammentreffenden zeitlichen Freiheitsstrafen keine Anwendung findet. Diese Vorschrift ist aber in den Entwurf nicht aufgenommen, vielmehr soll nach Art. 56 auch bei Zusammenrechnung zusammentreffender zeitlicher Freiheitsstrafen gleicher Art die bestimmte längste Dauer derselben nicht überschritten und die überschießende Zeit in Wegfall gebracht werden. Hierdurch rechtfertigt sich auch die am Schlusse des Art. 53 hinzugefügte Bestimmung, daß die Vorschriften des Artikels auch gelten, wenn Versuche von Eigenthumsverbrechen, *nicht aber* vollführte und versuchte

dergleichen Verbrechen zusammentreffen, wiewohl es in den meisten Fällen sehr schwierig seyn wird, die Strafe versuchter Eigenthumsverbrechen nach deren Betrage abzumessen.

Art. 55.

Dieser Artikel enthält in Beziehung auf die Strafverwandlung bei zusammentreffenden verschiedenartigen Freiheitsstrafen im Wesentlichen ganz die Art. 53 u. 55 der Sächsischen Gesetzbücher befindlichen Bestimmungen, von welchen jedoch die im ersten Satze des Art. 53 anzutreffenden wenigstens im Königreiche Sachsen durch das Gesetz vom 30. Juli 1846 (abgedruckt in Busch a. a. O. S. 366 fg. u. Weiß a. a. O. II. Ausg. S. 232 fg.) sehr wesentliche Modificationen erlitten haben. Die Motiven zu den getroffenen Abänderungen sind ausführlich angegeben in Weiß S. 240 und meinen Bemerkungen zu dem angeführten Gesetz in den neuen Jahrbüchern für Sächsisches Strafrecht; und wenn schon nicht zu leugnen ist, daß dergleichen Abänderungen sich in denjenigen Ländern, in welchen in Abweichung von dem Sächsischen Criminalgesetzbuche nur Ein Grad der Zuchthausstrafe angenommen ist, weniger dringlich darstellen, so dürfte doch auch in diesen manche der angegebenen Inconvenienzen sich bemerkbar machen.

Art. 56.

Dieser Artikel enthält eine sehr bedeutende Abweichung von der in allen bisher publicirten Sächsischen Gesetzbüchern enthaltenen Vorschrift, daß bei zusammentreffenden zeitlichen Freiheitsstrafen derselben Art, sowie bei Verwandlung geringerer Freiheitsstrafen in höhere, die vorgeschriebene Beschränkung der Dauer der Zucht- und Arbeitshausstrafen keine Anwendung findet, indem vielmehr in den beiden genannten Artikeln bestimmt ist, daß bei

zusammentreffenden Freiheitsstrafen derselben Art ebensowohl als verschiedener Art, bei welchen sonach die Verwandlung in die höhere eintritt, bei Zusammenrechnung derselben die Art. 10 festgesetzte längste Dauer der Zucht- und Arbeitshausstrafe, mithin rücksichtlich Zwanzig Jahre und Zehn Jahre nicht überschritten werden, sondern nur nach Befinden auf eine Schärfung erkannt werden soll. Diese Bestimmungen treffen zum Theil mit den im Entwurfe des Sächsischen Criminalgesetzbuchs enthaltenen Vorschlägen überein, nach welchen zufolge Art. 51, 52, 53 u. 55 die zusammentreffenden zeitlichen Freiheitsstrafen derselben oder verschiedener Art, je nachdem sie durch Zuchthausstrafe ersten Grades, Zuchthausstrafe zweiten Grades oder Arbeitshausstrafe zu verbüßen waren, auch die im Art. 16 des Entwurfs festgesetzte längste Dauer dieser Strafarten von Zwanzig, Funfzehn und Zehn Jahren ebenfalls nach Befinden mit Hinzufügung von zulässigen Schärfungen beschränkt werden sollten (Landt.-Acten vom Jahre 1836 Abth. I. Bd. I. S. 15). Die außerordentliche Deputation der I. Kammer erklärte sich jedoch in dem erstatteten Bericht gegen das im Entwurf angenommene Princip, die Bestimmungen über die längste Dauer der verschiedenen Strafarten auch bei der Concurrenz der Verbrechen anzuwenden, indem dadurch möglicher Weise in manchen Fällen sehr grobe Verbrechen gänzlich ohne besondere Bestrafung bleiben könnten, und brachte dagegen den gegenwärtigen Art. 56 des Criminalgesetzbuchs in Vorschlag, wonach bei der Concurrenz der Strafen die Beschränkung in der Zeitdauer in Wegfall kommt, und nur bei einer Freiheitsstrafe, welche die wahrscheinliche Lebensdauer des Verbrechers übersteigt, der Richter ermächtigt ist, die Strafe in angemessener Weise zu verkürzen. Da auch die Deputation der II. Kammer sich zu dieser Ansicht hinneigt, so erklärten die Regierungs-Commissarien, vielleicht etwas zu nachgiebig, sich

ebenfalls damit einverstanden, und es nahm die Deputation der II. Kammer den erwähnten Artikel in ihren Bericht auf, auch wurde derselbe von beiden Kammern bei der Berathung ohne alle Discussion angenommen. Beiläufig zu erwähnen wäre eigentlich durch Annahme des nunmehrigen Art. 56 die Bestimmung im 17. Artikel, in soweit sie sich auf das Maximum der Zucht- und Arbeitshausstrafe bezieht, überflüssig geworden, da die höchste Strafdauer für jedes einzelne Verbrechen im speciellen Theile des Gesetzbuchs festgesetzt ist, die allgemeine Anwendung des Princips aber durch den Art. 56 gänzlich aufgehoben wird. (Landt.-Acten v. J. 1836, Beil. zu Abth. II. Samml. 1, S. 68, Beil. zu Abth. III. Samml. 1, S. 57; Abth. II. Bd. 1, S. 150; Abth. III. Bd. 1. S. 221.) Wenn nun auch nicht zu leugnen ist, daß nach dem Grundsatze des Sächsischen und des nunmehrigen Thüringischen Entwurfs bei einer großen Zusammenhäufung mehrfacher Verbrechen manche derselben bei der Bestrafung unberücksichtigt gelassen werden müssen, so scheint doch auch ohne einer übergroßen Humanität huldigen zu wollen, derselbe der Bestimmung des Sächsischen Criminalgesetzbuchs, welche in sämmtliche übrige Gesetzbücher übergegangen ist, vorzuziehen. Denn ist einmal ein Maximum der Zeitdauer für eine Freiheitsstrafe für angemessen befunden, so ist dabei schon stillschweigend vorausgesetzt, daß auch bei concurrenten Verbrechen diese Bestimmung Anwendung finde, und eine Ausnahme davon läßt sich ebensowenig rechtfertigen, als eine Schärfung der lebenslänglichen Zuchthausstrafe, wenn auch mehrere damit bedrohte Verbrechen concurriren.

Dagegen erscheint die Bestimmung im zweiten Satze des Artikels, daß die vom Ermessen des Richters *abhängige* Verbüßung concurrirender Gefängnißstrafen im *Arbeitshause* die Folgen der Arbeitshausstrafe nach sich ziehen

soll, um so auffälliger, da im Art. 9 des Entwurfs die Folgen der Arbeitshausstrafe gar nicht angegeben sind, vielmehr deshalb und namentlich wegen des Verlusts der staatsbürgerlichen Rechte auf die bestehenden oder noch zu erlassenden Gesetze hingewiesen ist. Soll nun in diesem Falle die verbüßte Arbeitshausstrafe den Verlust der staatsbürgerlichen Rechte nicht nach sich ziehen, so wird ein vormaliger Arbeitshaussträfling zum Landtagsdeputirten, zum Stadtrath, zum Gemeinderath und andern bürgerlichen Ehrenämtern erwählt werden können, was doch wohl nicht unbedenklich seyn dürfte.

Art. 57.

Dieser im Wesentlichen ganz mit dem Art. 57 der Sächsischen Gesetzbücher übereinstimmende Artikel hat den Zusatz erhalten: daß, wenn ein Verbrecher durch verschiedene Erkenntnisse zu Freiheitsstrafen verurtheilt wird und deshalb diese von dem später erkennenden Richter zu verwandeln oder zusammenzurechnen sind, der Verbrecher aber eine der Freiheitsstrafen bereits zu verbüßen angefangen hat, bei der Zusammenrechnung nun der noch nicht verbüßte Theil derselben in Betrachtung kommt; welcher Zusatz in Beziehung auf die Vorschrift im Art. 56 wegen der längsten Dauer zeitlicher Freiheitsstrafen nothwendig ist. Es tritt hier eine Ausnahme von dieser allgemeinen Bestimmung ein, indem, wenn z. B. ein Verbrecher wegen eines Verbrechens bereits zu Vier Jahren Arbeitshausstrafe verurtheilt ist, und davon schon Zwei Jahre verbüßt hat, nachher aber durch ein späteres Erkenntniß wegen mehrfacher Verbrechen mit Sechs Jahren, Vier Jahren und Drei Jahren Arbeitshaus zu bestrafen seyn würde, der Richter nur die noch nicht verbüßten Zwei Jahre der erstern Freiheitsstrafe bei der Zusammenrechnung zu berücksichtigen, mithin immer auf die längste Dauer

der Arbeitshausstrafe von Zehn Jahren zu erkennen hat, so daß der Verbrecher im Ganzen eine Arbeitshausstrafe von Zwölf Jahren verbüßt.

In Berücksichtigung des allgemeinen im Art. 56 aufgestellten Grundsatzes dürfte diese Ausnahme doch nicht consequent erscheinen.

Art. 58.

Der in allen Sächsischen Gesetzbüchern Art. 62 ausgesprochene Grundsatz: **malitia supplet aetatem**, ist hier nicht anerkannt worden, vielmehr kann gegen Personen, welche das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, auch in den Fällen nicht auf Zuchthausstrafe erkannt werden, bei welchen der Verbrecher erweislich aus Bosheit und mit Ueberlegung gehandelt hat, wo nach der Vorschrift der Sächsischen Gesetzbücher auf zeitliche Zuchthausstrafe erkannt werden kann. Der erwähnte Grundsatz wird allerdings von vielen Seiten bestritten, allein er dürfte sich doch rechtfertigen lassen, wenn man erwägt, wie gering bei einem groben Verbrechen die Entfernung von der Altersgrenze seyn kann, über welche hinaus unbedingt selbst lebenslängliche Zuchthausstrafe eintreten kann, und berücksichtigt, daß für den Richter zu einem Erkenntnisse auf Zuchthausstrafe nur die Ermächtigung gegeben, nicht die Nothwendigkeit vorgeschrieben ist. So würde z. B. die Anwendung des Grundsatzes gewiß angemessen seyn, wenn bei Ausführung eines schweren Verbrechens ein der Erfüllung des achtzehnten Lebensjahrs sehr nahestehender Theilnehmer im Verhältniß zu den übrigen älteren Mitschuldigen als Anstifter und Anführer erscheinen sollte.

Art. 59.

Bei diesem Artikel hat, vielleicht auf Veranlassung der Bemerkungen von Busch a. a. O. S. 113 fg., eine

Abänderung des auf denselben Gegenstand sich beziehenden Art. 64 der Sächsischen Gesetzbücher statt gefunden, indem nach dem letztern nur bei todeswürdigen Verbrechen im Fall eines vorhandenen hohen Grades von Blödsinn oder Verstandesschwäche an die Stelle der Todesstrafe lebenslängliche Zuchthausstrafe tritt, wogegen nach dem Entwurfe in solchen Fällen in Beziehung auf jede Art von Verbrechen der Richter ermächtigt ist, nach Befinden unter die gesetzliche Strafart und Strafdauer herabzugehen; welche Bestimmung mit dem Art. 98 des Würtembergischen Strafgesetzbuchs übereintrifft. In dem Entwurf des Sächsischen Criminalgesetzbuchs war auch der gegenwärtige Art. 64 nicht aufgenommen, weil man von der Ansicht ausging, daß, wenn der Verbrecher im Stande sey, die Gesetzwidrigkeit seiner Handlung zu erkennen, auch die gesetzliche Strafe gegen ihn eintreten müsse, und durch die Relativität der Strafe dem Richter genugsamer Spielraum gegeben sey, bei deren Bestimmung die Individualität des Verbrechers zu berücksichtigen. In dem über den Entwurf erstatteten Bericht der Deputation der I. Kammer hatte ein Mitglied derselben, und zwar der Referent, — unter dem Anführen, daß zwischen der gänzlichen Unzurechnungs- und der vollen Zurechnungsfähigkeit noch eine Menge Fälle der geschwächten Zurechnungsfähigkeit in der Mitte lägen, für welche ebensowohl die ordentliche Strafe als die Straflosigkeit unangemessen seyn würde, und der Untergang nach den beiden ersten Zuständen hin so allmählig scheine, daß dem Richter nothwendig der ganze Spielraum von dem niedrigsten Maße der Criminalstrafe bis zur ordentlichen Strafe herauf gelassen werden müsse, — einen dem Art. 92 des damaligen Würtembergischen Entwurfs nachgebildeten Zusatzartikel beantragt, welcher lautet: „Was ein Verbrecher in einem Zustande begangen, bei „welchem der Vernunftgebrauch zwar nicht ganz aufge-

„hoben, aber doch in so hohem Grade geschwächt er„scheint, daß die gesetzliche Strafe auch im geringsten „Maße im Mißverhältniß mit der Verschuldung stehen „würde, so haben die Gerichte die Strafe unter dieses „Maß herabzusetzen." Die übrigen Mitglieder der Deputation pflichteten jedoch diesem Antrage nicht bei, unter Anderm auch um deßwillen, weil sie fürchteten, daß eine solche Bestimmung den Defensoren zu einer Menge Ausflüchten Veranlassung geben, und somit zu einer Umgehung des Gesetzes führen würde. (Landt.-Acten v. Jahr 1836, Beil. zu Abth. II. Samml. 1. S. 77 fg.) Die Deputation der II. Kammer erklärte dagegen sich einstimmig für die Aufnahme des mit dem nunmehrigen 98. Artikel des Würtembergischen Strafgesetzbuchs völlig gleichlautenden Art. 92 des Entwurfs. (Beil. zu Abth. III. Samml. 1. S. 62.) Bei der Berathung in der II. ständischen Kammer wurden nun zwar die sowohl von den Regierungscommissarien als mehreren Kammermitgliedern gegen diesen Antrag aufgestellten Bedenken anerkannt und derselbe abgelehnt, jedoch, um wenigstens bei den mit der absoluten Todesstrafe bedrohten Verbrechen unter den erwähnten Verhältnissen dem Richter die Möglichkeit einer Milderung zu gewähren, ein Zusatzartikel in der Fassung des nunmehrigen Art. 64 in Vorschlag gebracht und angenommen, womit sich auch die I. Kammer vereinigte (Abth. III. Bd. I. S. 731 fg.), und es ist dieser Artikel unverändert in die übrigen Sächsischen Gesetzbücher übergegangen. So sehr nun auch dieser Artikel wegen seiner Beschränkung auf die todeswürdigen Verbrechen von mehreren Kritikern angegriffen worden ist, so dürften doch die gegen die Ausdehnung desselben, wie sie im 98. Artikel des Würtembergischen Strafgesetzbuchs geschehen, vorgebrachten Gründe nicht so unhaltbar erscheinen, als B u s ch behauptet. *Blödsinn und* Verstandesschwäche, in sofern sie nicht von

der Beschaffenheit sind, daß sie alle Zurechnungsfähigkeit ausschließen, sondern in dem Menschen das Bewußtseyn der Gesetzmäßigkeit oder Gesetzwidrigkeit seiner Handlungen zulassen, sind von so unendlicher Abstufung, je nach den individuellen persönlichen Verhältnissen der Erziehung, der Umgebung, daß es kaum möglich seyn dürfte, über die Grenze des Minimum der angedrohten Strafe hinaus einen völlig richtigen und für ähnliche Fälle verhältnißmäßigen Maßstab für Bestimmung der Strafe zu finden, vielmehr würde nach den verschiedenen Ansichten der Richter und vielleicht nach der Art, wie die Vertheidiger wissen würden, dergleichen Verhältnisse zu benutzen und geltend zu machen, eine ungemeine richterliche Willkür eintreten, und es möchten unter ganz gleichen Umständen die verschiedenartigsten Erkenntnisse erfolgen. Bei der Gelindigkeit der Strafen im Allgemeinen wird das Minimum derselben für den Verbrecher, der ungeachtet seiner Verstandesschwäche das Widerrechtliche seiner Handlung sich bewußt war, nicht zu hoch erscheinen; und wenn Busch sagt, daß bei einem mit Todesstrafe bedrohten Verbrechen die ihm substituirte lebenslängliche Zuchthausstrafe nach dem Verhältnisse des Blödsinns des Thäters immer noch zu hart seyn könne, so ist dagegen zu erwidern, daß die wenigen sehr schweren Verbrechen, bei welchen gegenwärtig noch nach dem Sächsischen Criminalgesetzbuche die Todesstrafe eintritt, ihrer Beschaffenheit nach immer eine spätere Freilassung des Verbrechers unzulässig und auf das Rechtsgefühl des Volks nachtheilig einwirkend erscheinen lassen werden.

Außerdem ist dem Artikel noch die im Art. 98 des Würtembergischen Strafgesetzbuchs nicht enthaltene Bestimmung beigefügt, daß auch bei Personen, welche an einer theilweisen Seelenkrankheit leiden, die mit dem in Frage stehenden Verbrechen nicht im Zusammenhang steht,

der Richter ermächtigt ist, nach Befinden unter die gesetzliche Strafart und Strafdauer herabzugehen. In sofern unter der weniger gewöhnlichen Benennung einer theilweisen Seelenkrankheit derjenige Geisteszustand verstanden wird, welchen man gewöhnlich partiellen Wahnsinn oder Affection von einer fixen Idee zu nennen pflegt, scheint der in Hinsicht auf die Ermächtigung des Richters gebrauchte Zusatz, nach Befinden, sehr zweckmäßig; denn es würde z. B. die fixe Idee eines solchen Unglücklichen, daß er stets durch Versuche verfolgt werde, ihn durch ein unsichtbares Gift zu tödten, schwerlich als Milderungsgrund bei einem boshaften mit aller möglichen Ueberlegung ausgeführten Diebstahle angesehen werden können.

XI.

Zur Lehre von der Theilnahme am Verbrechen, insbesondere der Anstiftung.

Von
H. A. Zachariä.

Zur Lehre von der Theilnahme am Verbrechen haben wir in neuerer Zeit verschiedene schätzenswerthe, ihrem Gegenstande nach bald mehr bald weniger umfassende, Arbeiten erhalten. Wir erinnern, abgesehen von den das ganze Strafrecht oder dessen allgemeinen Theil betreffenden literärischen Erscheinungen der letzten Jahre, namentlich der neuen Revision von Köstlin, insbesondere an die Leistungen von Bauer (Abhandl. I. S. 409 fg.), Kitka, (über das Zusammentreffen mehrerer Schuldigen bei einem Verbrechen. Wien 1840), Fr. B. Ziegler (die Theilnahme an einem Verbrechen nach P. G. O. Art. 148. Marb. 1845), A. Fr. Berner (die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen. Berlin 1847), und Hepp (Beiträge zur Lehre v. d. Theilnahme an einem Verbrechen, in diesem Archiv 1846, S. 313 fg. 1848, S. 262 fg.).

Doch ist auch hier die Sache noch zu keinem Abschluß gediehen und die Ansichten über verschiedene wichtige Fragen sind noch sehr divergent in der deutschen Strafrechtswissenschaft, welcher vermöge des der Gerechtigkeit entspre-

chenden Grundsatzes von der verschiedenen Strafbarkeit der Theilnehmer nach der verschiedenen Beschaffenheit ihres Willens und ihrer That, die positivrechtlich feststeht, allerdings keine so leichte Aufgabe gesteckt ist, wie der französischen Jurisprudenz, für welche die entstehenden Schwierigkeiten durch den Grundsatz des Code pénal Art. 59 von der gleichen Strafbarkeit der Theilnehmer auf Kosten der Gerechtigkeit, wie auch französische Juristen anerkennen, über dem Knie abgebrochen sind; wie z. B. A. Chauveau und Hélie Faustin (Théorie du Code pénal T. I. chap. XI prooem.) sich dahin äußern: „Il ne „faut point s'étonner de ce que le législateur de „1810, au lieu de pénétrer dans les entrailles de ces „difficultés, au lieu d'essayer quelques distinctions „propres à les résoudre, se soit déterminé à poser „une règle absolue, uniforme, par laquelle les com„plices sont punis, sans exception, de la même „peine que les auteurs mêmes du délit. Cette règle „générale, inflexible, sur tous les individus qui ont „participé à l'action criminelle, quelle que soit la part „de chacun d'eux, que cette part soit matérielle ou „morale, principale ou accessoire, legère ou com„plète, cette règle éludait toutes les difficultés, „tranchait toutes les questions, dont cette matière „est hérissée; *mais répond-elle aux besoins de la „justice morale qui demande des degrés dans les „châtimens quand elle en apperçoit dans les cri„mes?*" In ähnlicher Weise spricht sich Rossi im Traité de droit pénal Livre II. chap. XXXIV aus und sagt mit Recht von der gesetzlichen Bestimmung der gleichen Strafbarkeit der Theilnehmer: „C'est éviter la difficulté, à l'aide de l'injustice. C'est manquer en même *temps* aux règles de la prudence et aux exigence de *l'intérêt social.* Prononcer contre un complice quel-

conque la même peine que contre l'auteur du crime, c'est souvent le moyen de contraindre les tribunaux à ne pas déclarer constant le fait de complicité. C'est encore un des cas, où l'on arrive à l'impunité par la voie de la terreur." —

Der Umstand, daß die deutsche Strafrechtswissenschaft, wie vorhin bemerkt wurde, noch zu keinem einhelligen Abschluß in Betreff der Behandlung der verschiedenen Arten der Theilnahme gelangt ist, tritt auch bei der Betrachtung der neuern deutschen Strafgesetzgebungen sehr sichtbar hervor. Zwar halten sie fest an dem Grundsatz des gemeinen deutschen Strafrechts, welchen bereits das canonische Recht mit den Worten ausdrückt: „cum idem excessus magis in uno quam in alio sit puniendus" cap. 6. X. de homicid. (V. 12.) und nur das österreichische Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen von 1803 §. 5 scheint hiervon eine Ausnahme zu machen, indem es auch den Vorschub oder Hülfe Leistenden, wie den Thäter, des Verbrechens für schuldig erklärt; allein in der Unterscheidung der Arten der Theilnahme, der Begriffsbestimmung, der Feststellung der Strafbarkeit und in andern Beziehungen weichen sie vielfach von einander ab, so daß sich auch in dieser Beziehung die Ansicht, daß auf die neuern deutschen Strafgesetzgebungen sich ein neues gemeines Recht gründen lasse, gegen welche wir uns vor Kurzem noch bei Gelegenheit der verdienstlichen Arbeit von Häberlin („Grundsätze des Criminalrechts nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern") erklären mußten (Gött. gel. Anz. 1849. St. 196), als eine unhaltbare herausstellen dürfte.

Schon über den allgemeinen Begriff der Theilnahme herrschen verschiedene Ansichten. Man gebraucht diesen Ausdruck bald in einem weitern, bald in einem engern Sinne. Manche verstehen unter Theilnehmern

alle diejenigen, welche in Betreff eines und desselben Verbrechens irgend eine strafrechtliche Verschuldung trifft, also nach römischer Ausdrucksweise Alle, welche in eadem causa obnoxii, oder unius facinoris rei sind, obwohl auch diese Ausdrücke in einem engern und einem weitern Sinne genommen werden können. Hiernach sind denn auch die bloßen Mitwisser, conscii im engern Sinne, solche, welche der gesetzlichen Pflicht zur Anzeige oder Hinderung des Verbrechens nicht nachgekommen sind, unter den Theilnehmern begriffen; noch viel mehr also die Begünstiger, fautores delicti. Andere nehmen durch die Fassung des Begriffs wenigstens die Letztern unter die Theilnehmer auf und unterscheiden zwischen einer vorausgehenden, gleichzeitigen und nachfolgenden Theilnahme, obwohl mit der letztern auch ein Begriff verbunden werden kann, welcher etwas Anderes als Begünstigungshandlungen umfaßt, z. B. wenn Jemand, nachdem vom Thäter die Haupthandlung vollzogen war, zur Förderung des Eintritts des durch jene noch nicht bewirkten Erfolgs thätig wird.

Der wahre Begriff der verbrecherischen Theilnahme ist, wie besonders Berner gut enwickelt hat, der des bewußten Zusammenhandelns mehrerer Personen bei einem und demselben Verbrechen, ohne daß die eine Person zugleich als Object der verbrecherischen Handlung der Andern erscheint. Hiernach liegt, wie sich von selbst versteht, keine Theilnahme an demselben Verbrechen vor, wenn A und B zu gleicher Zeit, aber ohne von einander zu wissen, dem C auflauern und vielleicht in demselben Moment auf den Vorübergehenden schießen. Es ist aber auch keine eigentliche Theilnahme, wenn das Object des Verbrechens mit der mithandelnden Person identisch ist, wie z. B. bei Ehebruch, Incest, Bigamie, Bestechung und Zweikampf. In diesen Fällen, welche man unter den Begriff der nothwendigen Theilnahme sub-

sumirt hat, fehlt es an dem Zusammenhandeln für einen außerhalb der mitthätigen Personen liegenden Zweck. Es kann daher auch die eine derselben ganz straflos seyn, wenn sie sich in Betreff der andern in einem das Verbrechen ausschließenden Irrthum befand. Auch sind die sonst bei der Theilnahme vorkommenden Unterschiede zwischen Urhebern und Gehülfen (die jedoch neben den beiden mitthätigen Personen auftreten können) hierbei ebenso unanwendbar, als der Begriff des Complotts auf die zwischen ihnen stattgefundene vorausgehende Verständigung. Es giebt aber doch einen Fall wirklicher nothwendiger Theilnahme, d. h. wo das Zusammenhandeln mehrerer Personen für einen außer ihnen liegenden Zweck für den Begriff des Verbrechens wesentlich ist, nämlich beim Tumult, Aufruhr und Landfriedensbruch. Daß bei diesen Verbrechen auch die Theilnahme eine gleiche und eine ungleiche seyn könne, unterliegt keinem Zweifel; auch ist hier das Zusammenhandeln mehrerer Personen offenbar in einem andern Sinne wesentlich. Ehebruch kann Niemand mit sich selbst begehen und sich auch nur mit einem Andern duelliren; Gewalt gegen die Obrigkeit dagegen ist auch von Einzelnen begangen ein Verbrechen, aber die vielleicht zufällige Vereinigung einer Mehrzahl steigert es zum Aufruhr.

Halten wir das zum Begriff der Theilnahme wesentliche Requisit des Zusammenhandelns fest, so wird zunächst theils die Begünstigung eines Verbrechens, theils noch mehr die bloße Mitwissenschaft und das Nichthindern, die Ratihabition und die Nichtanzeige des Verbrechens eines Andern von selbst vom Begriff der Theilnahme ausgeschieden seyn. Die praktische Bedeutung hiervon ist aber die, daß dergleichen Handlungen oder Unterlassungen vom Richter nicht unter das allgemeine Strafgesetz über verbrecherische Theilnahme, z. B. gemeinrechtlich nicht unter Art. 177 der P. G. O. subsumirt werden können, sondern

nur in Folge einer speciellen Strafdrohung zu bestrafen sind, und daß auch der Gesetzgeber nicht berechtigt ist, hier die Grundsätze von der Theilnahme zur Anwendung zu bringen. Welcher Mißbrauch besonders mit der s. g. negativen Theilnahme in der gemeinrechtlichen Theorie und auch in der neuern Gesetzgebung, namentlich mit der Strafbarkeit unterlassener Denunciation getrieben worden ist, ist schon von Andern (vergl. Hepp im Archiv Jahrg. 1849 S. 109 fg.) ernstlich gerügt worden.

Streng genommen fällt auch die Anstiftung und jede andere Art der mittelbaren Urheberschaft nicht unter den wahren Begriff der Theilnahme; denn der Anstifter betheiligt sich nicht mit einem Andern an dem Verbrechen, sondern bringt es durch die von ihm intellectuell in Bewegung gesetzte Kraft hervor. Schon der gemeine Sprachgebrauch nennt das, was der Anstifter thut, keine Theilnahme, und auch in den Gesetzen, d. h. in den Quellen des gemeinen Rechts, dürfte sich keine Bestätigung für das Zusammenfassen der Anstifter und Thäter unter dem einen Begriff der Theilnehmer finden, wie bereits früher Birnbaum in diesem Archiv 1842 S. 1 fg. in so gründlicher Weise dargelegt und besonders auch gezeigt hat, daß die in der neuern Theorie und Gesetzgebung herrschenden Terminologieen Feuerbach's, abgesehen von der innern Unwahrheit der Gegensätze, nichts weniger als die Quellen des gemeinen Rechts für sich haben. Die römischen Leges haben zwar meistens solche Ausdrücke gebraucht, durch welche sowohl Anstifter als Thäter und Gehülfen getroffen wurden; allein dieses sind keine Terminologieen in unserm Sinne. Den römischen Sprachgebrauch zur Bezeichnung des Anstifters überhaupt und der einzelnen Fälle der Anstiftung habe ich bereits in meiner Lehre vom Versuche der Verbrechen Th. II. S. 110 fg. näher nachgewiesen, und in noch umfassenderer Weise ist es später

von Birnbaum a. a. O. S. 16 fg. geschehen. Es steht hiernach fest, daß auctor (caedis, seditionis etc.) nicht den Urheber des Verbrechens im neuern Sinne, der dann wieder entweder unmittelbarer Urheber (Thäter) oder mittelbarer Urheber (Anstifter) seyn soll, bezeichnet, — sondern nur den „mittelbaren Urheber" resp. Anstifter des Verbrechens, oder überhaupt denjenigen, „qui *causam* delicti praebuit." Daß es so sprachwidrig als möglich sey, zwischen einem physischen und intellectuellen Urheber zu reden und als den physischen Urheber den Thäter (factor) zu betrachten, dürfte wohl einleuchtend genug seyn; denn der Begriff von Urheber schließt immer eine durch ihn veranlaßte, hervorgebrachte, darauf folgende That eines andern Subjects oder wenigstens einen weitern nicht ganz von seiner Willkühr abhängigen Erfolg stillschweigend in sich, und es ist in der That lächerlich zu sagen, Cajus sey Urheber des von ihm selbst verübten Verbrechens gewesen.

Allerdings wird man auch zwischen physischen und intellectuellen Urhebern unterscheiden können, aber in einem andern Sinne, als es in der neuern Doctrin zu geschehen pflegt. Dies wird uns nachher auf eine andere Unrichtigkeit oder Inconsequenz derselben hinführen. Hier mag nur noch bemerkt werden, daß auch die P. G. O. die getadelte Feuerbachsche Terminologie und insbesondere die sprachwidrige Bedeutung, welche dem Worte „Urheber" beigelegt worden ist, in keiner Weise stützt. Die P. G. O. hat in der Regel bei ihren Strafbestimmungen nur den oder die Thäter im Auge. Auch der Art. 177, welcher als allgemeines Strafgesetz wider alle Arten von Mitschuldigen betrachtet worden ist, kann offenbar nicht auf die fautores delicti bezogen werden, denn er spricht nur von „hilff, beistandt oder fürderung", die einem „mißthäter zu übung einer mißthat" geleistet wird, und läßt sich streng

genommen auch nicht auf die Anstifter oder auctores delicti im römischen Sinne beziehen, da er offenbar nur den Fall im Auge hat, wo einem schon vorhandenen „Mißthäter" Beistand geleistet wird, also, wie man zu sagen pflegt, ein zur That schon Entschlossener vorhanden war. Wo die P. G. O. die Anstiftung bezeichnen will, bedient sie sich anderer Ausdrücke. Für „anstiften" sagt sie „anrichten", z. B. im Art. 107: „Wer solch falsch schweren mit wissen, fürsetzlich und argklistiglich dazu anrichtet, der leidet gleiche peen"; auch wäre es möglich, daß sie im Art. 127, wo sie von Denjenigen spricht, die Aufruhr des gemeinen Volks wider die Obrigkeit machen, nur die Anstifter im Auge habe. Doch ist mir dies nicht wahrscheinlich. Im Art. 148 aber, der für die Lehre von der Theilnahme Mehrerer am Verbrechen der Tödtung so wichtig ist, nennt sie „beistender, helffer und ursacher" nebeneinander, wo der Ausdruck „ursacher" offenbar dem später gebräuchlichen „Urheber" entspricht. Wenigstens sehe ich keinen genügenden Grund, weshalb, wie Birnbaum a. a. O. S. 7 annimmt, das Wort hier anders genommen seyn sollte, als in der Reichs-Executions-Ordn. v. 1555 §. 43, wo von Anfängern, Ursachern, Aufwieglern der Vergadderung die Rede ist. Aber auch der Reichsabsch. von 1526 spricht von „Anfängern, Aufwieglern und Hauptsächern."

Das Einfachste und Richtigste wäre nach der bisherigen Erörterung, daß man hinsichtlich der Mehreren, welche in Betreff des nämlichen Verbrechens eine Schuld trifft, zwischen Urhebern, Theilnehmern und, wenn man die Zusammenstellung nicht aufgeben will, den Begünstigern unterschiede. Die Theilnehmer sind dann entweder Thäter resp. Mitthäter (factores, rei und *socii principales*, unter welchen ich aber den Feuerbach*schen und* Bayerischen Hauptgehülfen nicht mit begreife),

oder Gehülfen im engern Sinne, jenachdem sie die zur Verübung des Verbrechens erforderliche Absicht als ihre eigene verfolgten, oder die verbrecherische Absicht eines Andern nur unterstützen wollten. Hinsichtlich der Urheber dagegen ist zwischen den Anstiftern im eigentlichen Sinne und andern Urhebern zu unterscheiden, wovon man jene auch als die intellectuellen, diese als die physischen Urheber, aber, wie schon vorhin bemerkt wurde, in einem andern Sinne als dem gewöhnlichern der neuern Theorie bezeichnen könnte.

Vergleicht man nämlich die gewöhnlich zur Anstiftung gerechneten Fälle mit dem Begriff der Anstiftung, so tritt eine offenbare Inconsequenz in der neuern Theorie und Gesetzgebung hervor.

Anstifter, sagt man, ist derjenige, welcher vorsätzlich oder durch absichtliche Einwirkung den Entschluß zur Begehung des Verbrechens in dem Andern (dem Thäter) hervorgebracht hat. So definirt z. B. auch das Hannoversche Crim. Gesetzbuch (Art. 53), und es dürfte sich von dieser Begriffsbestimmung wohl nirgends eine erhebliche Abweichung in der Theorie und neuern Gesetzgebung finden. Kommt es aber dann zur Aufzählung der einzelnen Arten der Anstiftung, so werden meistens (z. B. auch im Hannoverschen Crim. Gesetzb. Art. 53) als Anstifter bezeichnet Diejenigen, welche einen Andern durch Gewalt, Drohung, Befehl, Auftrag, Versprechen oder Geben eines Lohns, durch Rath, Verführung, Ueberredung oder Bitten, durch absichtliche Erregung oder Benutzung eines Irrthums, einer Leidenschaft oder Gemüthsbewegung zur Begehung eines Verbrechens bestimmt haben. Wir wollen hier nicht weiter untersuchen, ob überhaupt und unter welchen Voraussetzungen in diesen verschiedenen Einwirkungen auf einen Andern ein hinreichender psychischer *Bestimmungsgrund* zur Verübung des Verbrechens

gefunden werden könne. Allein soviel dürfte klar seyn, daß auf mehrere derselben der Begriff der Anstiftung gar nicht paßt. Denn ist es wahr, daß dieselbe in der Erzeugung eines verbrecherischen Entschlusses in einem Andern besteht, so kann bei der wirklichen Anstiftung, abgesehen von den allgemeinen Gründen der Zurechnungslosigkeit, die auch bei dem Angestifteten vorkommen können, letzterer niemals straflos seyn. Nichtsdestoweniger giebt man zu und muß zugeben, daß der Gezwungene, der Getäuschte, der den Befehl Befolgende, wenn bei ihm selbst von einem verbrecherischen Willen nicht die Rede seyn kann, straflos sey, und verfällt damit in einen argen Widerspruch mit sich selbst; — ein Vorwurf, der die meisten neueren Theoretiker, jedoch Heffter, Lehrb. des Criminalrechts §. 79. 83, nicht in gleicher Weise trifft, obwohl die von ihm gewählte Terminologie der „unfreiwilligen Complicität" sich nicht zur Annahme empfehlen dürfte.

Hält man den Begriff der Anstiftung fest, so können in der That nur zwei Hauptfälle derselben unterschieden werden, die in verschiedenen Gestaltungen vorkommen und in concreto in einer gewissen Vermischung hervortreten mögen, die aber doch als begriffmäßig verschieden zu betrachten sind. Wir wollen diese beiden Fälle kurz mit den hergebrachten Terminologieen als Mandatum delinquendi und Consilium delinquendi bezeichnen. Sie unterscheiden sich beide dadurch von einander, daß beim Auftrag der Angestiftete zur Verübung eines im Interesse des Auftragebers liegenden Verbrechens bestimmt wird, während beim bösen Rath es sich um ein Verbrechen handelt, welches der Berathene in seinem eignen Interesse verüben soll, wobei aber nicht verkannt werden soll, daß die Interessen Beider sich in concreto mit einander vereinigen können und in sofern die Anstiftung theils

unter den Gesichtspunkt des mandatum, theils unter den des consilium delinquendi fallen kann. Verführung, Ueberredung und Bitten aber, welche z. B. das Hannov. Crim. Gesetzb. besonders aufführt, sind keine eignen Arten der Anstiftung. Sie sind nur die Mittel der psychischen Einwirkung, die in gleicher Weise beim Auftrag wie bei der Rathertheilung vorkommen können, und wobei lediglich aus den Umständen zu beurtheilen ist, in wiefern sie als wirksam genug gelten können, um den Auftraggeber oder Rathgeber für den intellectuellen Urheber des Verbrechens zu erklären. Besonders beim Auftrag wird man immer daran zu denken haben, daß Niemand aus bloßer Gefälligkeit für einen Andern ein Verbrechen eben so leicht verüben wird, als man erlaubte Geschäfte aus purer Gefälligkeit für einen Andern übernimmt. Es ist dies aber ein die Erfordernisse der Anstiftung betreffender Punkt, den wir hier nicht weiter verfolgen wollen. Dagegen ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß auch die Erregung oder Benutzung eines Irrthums entweder gar unter den Begriff der Anstiftung fällt, oder wenn dies der Fall ist, nämlich wenn sich der Irrthum nur auf die Motive oder den Zweck des Verbrechens bezog, ohne daß dem Thäter die verbrecherische Eigenschaft der That verhüllt blieb, als keine besondere Form der Anstiftung, so wenig wie Verführung, Ueberredung und Bitten betrachtet werden kann, sondern wieder nur ein Mittel der psychischen Einwirkung ist, dessen sich der Anstifter sowohl bei der Auftraggebung als bei der Rathertheilung bedienen kann.

Rath und Auftrag sind also, unter der allgemeinen Voraussetzung, daß die Art der Einwirkung als hinreichender psychischer Bestimmungsgrund für die Verübung des Verbrechens durch den Thäter betrachtet werden können,

die einzigen Arten der Anstiftung oder intellectuellen Urheberschaft.

Wie steht es nun mit dem Befehl, dem Zwang und der Androhung von Uebeln und der Erregung oder Benutzung eines Irrthums, bei welchem die verbrecherische Eigenschaft der Handlung dem Thäter verhüllt war? Gewiß müssen auch diejenigen, welche auf solche Weise ein Verbrechen hervorgebracht haben, als Urheber desselben betrachtet werden. Allein in soweit hier der Thäter blos als Maschine, als willkührloses Werkzeug behandelt und benutzt wurde, wird man den Befehlenden, den Zwingenden u. s. w. in der That mehr als physischen Urheber des Verbrechens betrachten müssen, in derselben Weise wie Denjenigen, welcher durch eine in Bewegung gesetzte willkührlose Kraft, durch ein wildes Thier u. s. w. seine verbrecherische Absicht ins Werk setzte.

Was zunächst den Befehl betrifft, so sagt schon das römische Recht ganz richtig: „Is damnum *dat*, qui *jubet* dare; ejus vero nulla culpa est, cui parere necesse sit", L. 169 D. de R. J., bestätigt also unsere Ansicht, daß der Befehlende als physischer Urheber des Verbrechens zu betrachten sey. Wir haben aber beim Befehl zwei Fälle zu unterscheiden: Entweder der s. g. Thäter war zum unbedingten Gehorsam verpflichtet, es stand ihm gar kein Urtheil über die Rechtmäßigkeit des Befehls zu, oder von einer solchen Verpflichtung zum Gehorsam konnte keine Rede seyn. Nur im ersten Falle gehört der Befehl hierher und nur in soweit begründet er eine besondere Art der Urheberschaft bei Verbrechen; im zweiten Falle dagegen ist er als Befehl gar nicht wirksam, sondern wir müssen die Sache vielmehr so betrachten: Hätte der Thäter die Wahl, ob er den s. g. Befehl befolgen wollte oder nicht, so kann derselbe nur in der Bedeutung eines mandatum delinquendi aufgefaßt werden;

die Form des Befehls ändert hieran so wenig, als der entgegengesetzte Fall, wenn der Thäter durch Bitten vermocht wurde, den Auftrag zu übernehmen und auszuführen. Fehlte dagegen die Freiheit der Wahl, so kann dies nur vermöge einer mit dem Befehl verbundenen Vergewaltigung oder Drohung geschehen seyn. Es kommt also dann wieder nicht der Befehl als solcher, sondern der gegen den Thäter verübte Zwang in Betracht, welcher ein factisches Subjections-Verhältniß zu dem Willen des Zwingenden begründete. Hält man dieses fest, so ist leicht zu entscheiden, bei welchen legitimen oder rechtlichen Abhängigkeits-Verhältnissen der Befehl als eigne Art der Urheberschaft in Betracht kommen kann, und wir glauben nicht zu irren, wenn wir behaupten, daß nur bei denen des öffentlichen Rechts, niemals bei den privatrechtlichen Subjections-Verhältnissen der Befehl jene Bedeutung haben könne. Weder das Kind ist den Eltern, noch die Frau dem Manne Gehorsam schuldig, sobald sie die Einsicht von der Strafbarkeit Desjenigen haben, was von ihnen begehrt wird. Erkennt doch selbst bei dem strengsten aller privatrechtlichen Unterwürfigkeitsverhältnisse, bei dem des Sclaven zum Herrn, das römische Recht keine Verpflichtung zum Gehorsam an, wenn es sich um ein wirkliches Verbrechen handelte, und sagt deshalb: „Ad ea quae *non* habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis, vel his, qui vice dominorum sunt, optemperaverit", L. 157. pr. D. de R. J. (vergl. auch die noch positiveren Aussprüche der L. 20. D. de obl. et act. 44, 7.), während es in Betreff eines richterlichen Befehls ganz allgemein sagt: „Qui *jussu judicis* aliquid fecit, non videtur dolo malo facere, *quia parere necesse habet*", L. 167. §. 1. eod. Es versteht sich wohl von selbst, daß wir hiermit nicht die Lehre *von einem in jeder* Beziehung zu leistenden blinden

oder unbedingten Gehorsam des Untergebenen zu dem Vorgesetzten in öffentlichen Verhältnissen vertreten wollen. Gewiß ist aber nicht zu leugnen, daß es eine Mehrzahl von Verhältnissen giebt, wo man sagen muß, der Untergebene konnte oder durfte gar nicht über die Rechtmäßigkeit des Befehls urtheilen. Andrerseits wird man auch bei dem strengsten aller öffentlichen Subordinations-Verhältnisse, nämlich dem militärischen, sich Fälle denken können, wo von einer Pflicht des Gehorsams keine Rede seyn kann. Wird z. B. der Soldat in der ordentlichen militärischen Form bei einem Auflauf commandirt und hat er dem Befehle gemäß von seiner Waffe Gebrauch gemacht, so wird nicht zu bezweifeln seyn, daß nur der commandirende Offizier als Urheber der erfolgten Tödtungen oder Verletzungen zu betrachten sey, mag auch der Mißbrauch der öffentlichen Gewalt ein noch so schreiender seyn. Dagegen giebt es auch Verbrechen, wo selbst den Soldaten niemals ein Befehl des vorgesetzten Offiziers wird entschuldigen können, weil er auf etwas gerichtet war, worauf die Pflicht des Gehorsams sich augenscheinlich gar nicht erstrecken konnte. Beispiele bieten sich so leicht dar, daß es überflüssig wäre, dergleichen hier aufzustellen. Dasselbe gilt von den Subaltern-Beamten im Verhältniß zu den vorgesetzten Behörden. Der Gehorsam kann sich auch hier nicht auf etwas niemals im Kreise der dienstlichen Sphäre liegendes erstrecken, und die in Verfassungs-Gesetzen zur Erhaltung des regelmäßigen Ganges der Staatsmaschine ausgesprochene Befreiung des Beamten von der Verantwortlichkeit bei vorhanden gewesenem formell gültigen Befehle des Vorgesetzten hat auch ihre natürlichen Gränzen.

Noch deutlicher liegt es bei Zwang und Drohung, in sofern in denselben wirklich allein die Ursache der Existenz des Verbrechens gefunden werden muß, am Tage, daß hier der Genöthigte nur das physische Werk-

zeug für die That des Urhebers ist und daß dabei der Begriff der Anstiftung gar nicht paßt. War es aber kein metus qui in constantem virum (od. auch foeminam?) cadere potest, haben Zwang und Furcht höchstens nur eine adminiculirende Bedeutung auf den Entschluß des Thäters ausgeübt, in welchem Falle allein das stoische „etiam coactus volui" eine gewisse Berechtigung haben kann, so wird man wieder von keiner besondern Art der Anstiftung reden können.

Endlich wird da, wo der Verbrecher nur den Irrthum oder die Unkenntniß eines Andern in Betreff der Bedeutung der Handlung benutzte oder hervorrief, die verbrecherische Intention aber ganz verhüllt blieb, der Begriff der Anstiftung am allerwenigsten am Platze seyn. Wenn er z. B. den Aberglauben einer Person von der günstigen Wirkung eines Liebespulvers benutzte, um zu vergiften, so wird sich ein solcher Fall seiner wesentlichen Beschaffenheit nach von einer unmittelbar verübten Vergiftung nicht unterscheiden, ebenso wie da, wo Jemand durch Zwang, Drohung oder zum Gehorsam verpflichtenden Befehl bewirkte, daß ein Anderer das tödtliche Geschoß absendete, es in der That so gut ist, als hätte er das Gewehr selbst abgedrückt. Deshalb kann es gewiß nicht unpassend genannt werden, wenn man in solchen Fällen den Verbrecher als den physischen Urheber des Verbrechens bezeichnet. Gewiß gilt hier vor Allem der Satz des römischen Rechts: Nihil interest occidat quis, an causam mortis praebeat, L. 15. D. ad L. Corn. de sic. — Später wird sich noch zeigen, welche Bedeutung die Unterscheidung der gewöhnlich unter dem einen Begriff der Anstiftung zusammengefaßten Fälle für die strafrechtliche Beurtheilung derselben hat.

Was die Strafbarkeit der Anstiftung betrifft, so habe ich bereits in meiner Lehre vom Versuche der Ver-

brechen Th. II. S. 112 fg. (vergl. auch Hepp in diesem Archiv 1848 S. 279 fg.) ausführlicher nachgewiesen, daß das römische Recht keine s. g. selbstständige Strafbarkeit der Anstiftung kennt, sondern die auf Hervorbringung des Verbrechens gerichtete intellectuelle Einwirkung desselben, ebenso wie die Handlung des Thäters selbst derselben Strafe unterwirft, und daß dabei kein Unterschied zwischen intellectuellen Urhebern und Gehülfen gemacht wird, weil das römische Recht überhaupt den Gehülfen und eigentlichen Thäter auf gleiche Stufe der Strafbarkeit stellt. Das römische Recht kennt also kein s. g. Verbrechen der Anstiftung, wie wir es mehr oder weniger in neueren Systemen und Gesetzen in einer oft wunderlichen und das Strafgebiet im Widerspruch mit allgemein anerkannten Grundsätzen des Criminalrechts erweiternden Weise hingestellt finden. Von einer Anklage wegen Anstiftung durch Auftrag oder bösen Rath, ohne daß eine im Gesetze bedrohte Handlung des Thäters vorlag, die freilich nach unsern Begriffen auch eine bloße Versuchshandlung seyn konnte, ist im römischen Criminalrecht nirgends die Rede. Die einzige Ausnahme, welche sich daselbst findet, betrifft die hochverrätherische oder auf seditio gerichtete Provocation (Lehre v. Vers. II. S. 125 fg.), was in der besondern Natur des crimen majestatis, wo der Anstifter in gewissem Sinne eigentlich selbst schon der Thäter ist, seine genügende Erklärung findet. Das canonische Recht hat hieran nichts geändert. Die auf das Assassinum (verum) bezügliche Stelle Cap. 1. de homic. in VIto (V. 4.) sagt nur, daß der Tod in Folge des Mandats nicht eingetreten zu seyn brauche, und kann außerdem auch nur für das kirchliche Strafrecht als maßgebend betrachtet werden. Vergl. auch Carpzov Pract. rer. crim. Qu. XIX. No. 52. Die P. G. O. endlich enthält *auch keine* von den Grundsätzen des römischen Rechts ab-

weichende Bestimmung. In dem Falle, wo sie der Anstiftung ausdrücklich gedenkt und den Anstifter wie den Thäter derselben Strafe unterwirft, nämlich beim Meineid Art. 107, setzt sie augenscheinlich voraus, daß der falsche Eid wirklich geschworen wurde. Die Anstiftung an sich, ohne eine darauf folgende Ausführungshandlung des Thäters, ist also in den gemeinrechtlichen Quellen, abgesehen von der schon bemerkten Ausnahme beim Majestätsverbrechen, nirgends für strafbar erklärt.

Wie ist man nun dazu gekommen, auch die Anstiftung, bei welcher wir nach der obigen Ausführung nur das mandatum und consilium delinquendi im Auge haben, für strafbar zu erklären, sowohl in der gemeinrechtlichen Theorie, als in der sich derselben anschließenden neuern Gesetzgebung? Offenbar aus keinem andern Grunde, als weil man die Anstiftung unter den Begriff der unterstandenen Missethat (P. G. O. Art. 178) oder des strafbaren Versuchs subsumiren zu können glaubte. Ich selbst bin noch in meiner Lehre vom Versuche der Verbrechen dieser communis opinio gefolgt, obwohl ich damals schon fühlte, wie schwer es sey und zu welchen künstlichen und gezwungenen Wendungen man seine Zuflucht nehmen müsse, um den leitenden Gedanken durchzuführen und auf die Anstiftung dann auch die Unterscheidungen zwischen beendigtem und nichtbeendigtem, oder nächsten und entfernten Versuch, Vorbereitung und Anfang der Ausführung zur Anwendung zu bringen, besonders auch mit Rücksicht darauf, ob wirkliche zur Ausführung des Verbrechens dienliche Versuchshandlungen des Thäters hinzugekommen sind oder nicht. Dasselbe gilt vom Complott, welches die neuern Gesetzgebungen auch unter den Gesichtspunkt des Versuchs gebracht und dadurch die Strafbarkeit desselben weit über die in den gemeinrechtlichen Quellen gesteckten Gränzen ausgedehnt haben. Vergl.

z. B. Hannov. Crim. Gesetzb. Art. 58 — 60. Sächs. Gesetzb. Art. 30.

Meiner jetzigen Ueberzeugung zufolge wird nur dadurch der bisherige Wirrwarr gehoben und die bis ins Unendliche getriebene Casuistik (vergl. z. B. die neueste Abhandlung von Hepp in diesem Archiv) vermieden werden können, wenn man sich entschließt, zu der einfachen Auffassung der gemeinrechtlichen Quellen zurückzukehren, womit dann zugleich eine Mehrzahl unnützer Controversen abgeschnitten seyn würde. Als allgemeine strafrechtliche Regel soll man also nur die betrachten, daß der Anstifter als Urheber (Ursacher) der begangenen That, sey es des Thäters im engern Sinne oder des Gehülfen, gestraft werde, womit denn allerdings die Strafbarkeit der Anstiftung an sich bei einem von Seiten des Thäters gar nicht versuchten oder ausgeführten Verbrechen von dem Gebiete des Criminalrechts entfernt seyn würde, einerlei ob der Angestiftete wirklich oder nur scheinbar auf den Antrag eingegangen ist, oder sich durch den Rath zur Fassung eines verbrecherischen Entschlusses hat bestimmen lassen. Dies soll aber nur die allgemeine Regel seyn; Ausnahmen, wie wir eine solche schon im gemeinen Rechte, der ganzen Natur des Verbrechens gemäß, beim crimen majestatis finden, kann und mag der Gesetzgeber aufstellen. Die Feststellung der Ausnahmen muß aber, ohne weitere Generalisirung, bei dem einzelnen Verbrechen erfolgen und man schrecke nicht deshalb vor Anerkennung der Regel in der Gesetzgebung zurück, weil sich im Auftrag und der Rathertheilung der böse Wille manifestirt habe. Denn es ist ausgemacht, daß die Gränze des bürgerlichen Strafrechts hierdurch nicht bestimmt wird, daß eine s. g. äußerliche Erkennbarkeit des bösen Willens auch in der Drohung mit Begehung eines Verbrechens, in der Ratihabition und in s. g. Vorbereitungs-Acten enthalten seyn kann und daß

deshalb dennoch die Straflosigkeit solcher Aeußerungen eines bösen Willens anerkannt wird und anerkannt werden muß.

Wenn aber auch die Strafbarkeit der Anstiftung als solcher im positiven Rechte ausgesprochen ist, wenn auch das Gesetz bestimmt, daß sie als Versuch des Verbrechens gestraft werden soll: so ist damit nicht entschieden, daß sie wie der Versuch des Verbrechens selbst zu behandeln sey; sondern es liegt darin nur der Ausspruch, daß, wenn dasjenige, was das Gesetz als Anstiftung bezeichnet, vorliegt, eine solche Anstiftung dem Versuche des Verbrechens hinsichtlich der Strafbarkeit gleichzustellen sey. Zunächst ist wenigstens soviel klar, daß die in ältern und neuern Gesetzen sich findenden Stufen oder Grade des Versuchs auf die Anstiftung gar nicht anwendbar sind oder wenigstens nur dadurch, daß man den Begriffen Gewalt anthut, auf sie übertragen werden können. Soll die s. g. gelungene Anstiftung (provocation agrée) als beendigter Versuch (des Verbrechens) betrachtet werden, wie kann dann die Strafbarkeit des Anstifters, was doch nach der relativen Bedeutung der Anstiftung der Fall seyn müßte, noch gesteigert werden, wenn der Angestiftete selbst zu einem beendigten oder nicht beendigten Versuch des Verbrechens fortgeschritten war? Will man aber bei der Anstiftung selbst, als delictum sui generis, zwischen Versuch und Vollendung unterscheiden, so müßte der beendigte Versuch der Anstiftung vorliegen, wenn der Anstifter von seiner Seite alles gethan hatte, um Denjenigen, welcher nach seiner Intention das Verbrechen verüben sollte, zur Fassung des verbrecherischen Entschlusses zu bestimmen. Wer wird wohl nun so kühn seyn, dafür die Gränze zu stecken, und wie will man in Betreff der Hervorbringung einer intellectuellen Wirkung den dem beendigten Versuche des Verbrechens analogen Punkt finden? Wie will man ferner

s einen Versuch des Versuches betrachten kön=
welcher anerkannter Maßen keiner Bestrafung unter=
nd unterliegen kann, wenn man nicht das crimi=
Gebiet bis ins Unendliche ausdehnen will. Kann
ernach die directe und ausdrückliche Aufforde=
zur Begehung eines Verbrechens nicht als strafbar
tet werden, sie möge nun in der Form des Auftrags
athes hervortreten, so wird noch weniger die noch
ur bestimmten Aufforderung fortgeschrittene Verfüh=
oder das Bemühen, den Willen eines Andern an
terordnung zu gewöhnen, in die Sphäre des Crimi=
ts gezogen werden dürfen.

In Beziehung auf die bisher behandelte Frage wird
r wieder von Wichtigkeit, den Begriff der Anstif=
ein zu halten und die übrigen Fälle der Urheberschaft
gern Sinne davon zu sondern, wobei wir an die oben
hte Unterscheidung erinnern. Fassen wir nämlich
den Befehl ins Auge in den Fällen, wo er als
wirklich in Betracht kommt, d. h. wo ihm eine
zum unbedingten Gehorsam correspondirte: so wird
u verkennen seyn, daß seine Bedeutung eine ganz
sey, als die einer Aufforderung, bei welcher der Pro=
sich selbst erst zu entschließen hatte, ob er der Pro=
n gemäß handeln wolle, oder nicht. Man wird da=
h nicht in Abrede stellen können, daß die Ertheilung
verbrecherischen Befehls an sich schon den Befehlen=
rafrechtlich verantwortlich machen müsse, und wie
rsuch des Verbrechers zu strafen sey, wenn er ohne
schenkunft einer Willensänderung des Befehlenden
eführt blieb; z. B. ein die Verfassung verletzender
erial=Befehl oder Commando eines militairischen
Es ist hier in der That der Fall kaum verschie=
n demjenigen, wo das schon abgedrückte Mordge=
versagte.

z. B. Hannov. Crim. Gesetzb. Art. 58 — 60. Sächs. Gesetzb. Art. 30.

Meiner jetzigen Ueberzeugung zufolge wird nur dadurch der bisherige Wirrwarr gehoben und die bis ins Unendliche getriebene Casuistik (vergl. z. B. die neueste Abhandlung von Hepp in diesem Archiv) vermieden werden können, wenn man sich entschließt, zu der einfachen Auffassung der gemeinrechtlichen Quellen zurückzukehren, womit dann zugleich eine Mehrzahl unnützer Controversen abgeschnitten seyn würde. Als allgemeine strafrechtliche Regel soll man also nur die betrachten, daß der Anstifter als Urheber (Ursacher) der begangenen That, sey es des Thäters im engern Sinne oder des Gehülfen, gestraft werde, womit denn allerdings die Strafbarkeit der Anstiftung an sich bei einem von Seiten des Thäters gar nicht versuchten oder ausgeführten Verbrechen von dem Gebiete des Criminalrechts entfernt seyn würde, einerlei ob der Angestiftete wirklich oder nur scheinbar auf den Antrag eingegangen ist, oder sich durch den Rath zur Fassung eines verbrecherischen Entschlusses hat bestimmen lassen. Dies soll aber nur die allgemeine Regel seyn; Ausnahmen, wie wir eine solche schon im gemeinen Rechte, der ganzen Natur des Verbrechens gemäß, beim crimen majestatis finden, kann und mag der Gesetzgeber aufstellen. Die Feststellung der Ausnahmen muß aber, ohne weitere Generalisirung, bei dem einzelnen Verbrechen erfolgen und man schrecke nicht deshalb vor Anerkennung der Regel in der Gesetzgebung zurück, weil sich im Auftrag und der Rathertheilung der böse Wille manifestirt habe. Denn es ist ausgemacht, daß die Gränze des bürgerlichen Strafrechts hierdurch nicht bestimmt wird, daß eine s. g. äußerliche Erkennbarkeit des bösen Willens auch in der Drohung mit Begehung eines Verbrechens, in der Ratihabition und in s. g. Vorbereitungs-Acten enthalten seyn kann und daß

deshalb dennoch die Straflosigkeit solcher Aeußerungen eines bösen Willens anerkannt wird und anerkannt werden muß.

Wenn aber auch die Strafbarkeit der Anstiftung als solcher im positiven Rechte ausgesprochen ist, wenn auch das Gesetz bestimmt, daß sie als Versuch des Verbrechens gestraft werden soll: so ist damit nicht entschieden, daß sie wie der Versuch des Verbrechens selbst zu behandeln sey; sondern es liegt darin nur der Ausspruch, daß, wenn dasjenige, was das Gesetz als Anstiftung bezeichnet, vorliegt, eine solche Anstiftung dem Versuche des Verbrechens hinsichtlich der Strafbarkeit gleichzustellen sey. Zunächst ist wenigstens soviel klar, daß die in ältern und neuern Gesetzen sich findenden Stufen oder Grade des Versuchs auf die Anstiftung gar nicht anwendbar sind oder wenigstens nur dadurch, daß man den Begriffen Gewalt anthut, auf sie übertragen werden können. Soll die s. g. gelungene Anstiftung (provocation agrée) als beendigter Versuch (des Verbrechens) betrachtet werden, wie kann dann die Strafbarkeit des Anstifters, was doch nach der relativen Bedeutung der Anstiftung der Fall seyn müßte, noch gesteigert werden, wenn der Angestiftete selbst zu einem beendigten oder nicht beendigten Versuch des Verbrechens fortgeschritten war? Will man aber bei der Anstiftung selbst, als delictum sui generis, zwischen Versuch und Vollendung unterscheiden, so müßte der beendigte Versuch der Anstiftung vorliegen, wenn der Anstifter von seiner Seite alles gethan hatte, um Denjenigen, welcher nach seiner Intention das Verbrechen verüben sollte, zur Fassung des verbrecherischen Entschlusses zu bestimmen. Wer wird wohl nun so kühn seyn, dafür die Gränze zu stecken, und wie will man in Betreff der Hervorbringung einer intellectuellen Wirkung den dem beendigten Versuche des Verbrechens analogen Punkt finden? Wie will man ferner

für Vorbereitung und Ausführung der Anstiftung eine Gränzlinie ziehen, die schon für den wirklichen Versuch des Verbrechens schwierig genug zu bestimmen ist, und wie soll hier überhaupt ein für die Anwendung irgend brauchbarer Thatbestand dessen, was strafbar seyn soll, gewonnen werden?

Alle diese Schwierigkeiten und häkligen Fragen, wie sie aus der doctrinären Auffassung des Bayerischen Strafgesetzbuchs und seiner Nachtreter hervorgegangen sind, verschwinden bei der einfachen und natürlichen Behandlung der Anstiftung in den Quellen des gemeinen Rechts. In soweit aber die neuern Gesetzgebungen darüber hinausgehen, wird man bei ihrer Anwendung jedenfalls streng bei der gesetzlichen Bestimmung stehen bleiben und sie nicht in doctrinärer Weise durch Interpretation erweitern dürfen. Wenn daher in Betreff des Hannoverschen Criminal-Gesetzbuches die Frage aufgeworfen worden ist (vergl. Erörterungen u. Abhandl. aus dem Gebiete des Hannov. Cr. Rechts von v. Bothmer Bd. II. Hft. 2. S. 113 f.), ob die bloße Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens strafbar sey? so muß man der diese Frage verneinenden Ausführung von Flöckher a. a. O. gewiß vollkommen beistimmen. Denn das Gesetz unterwirft nur die Anstiftung selbst, d. h. die dolose Erzeugung eines verbrecherischen Entschlusses in einem Andern, der Strafe des Versuchs des intendirten Verbrechens. Von einer selbstständigen Strafbarkeit der Anstiftung weiß das Gesetz nichts; es faßt dieselbe nur als wirkliche oder mögliche Ursache des beabsichtigten Verbrechens auf; die Regel, daß auch der Versuch eines Verbrechens zu strafen sey, kann mithin hier gar nicht zur Anwendung kommen. Soll sie aber, wie das Gesetz *will*, als Versuch des Verbrechens gestraft werden, so *würde man* den Versuch, eine Anstiftung zu bewirken,

nur als einen Versuch des Versuches betrachten können, welcher anerkannter Maßen keiner Bestrafung unterliegt und unterliegen kann, wenn man nicht das criminelle Gebiet bis ins Unendliche ausdehnen will. Kann nun hiernach die directe und ausdrückliche Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens nicht als strafbar betrachtet werden, sie möge nun in der Form des Auftrags oder Rathes hervortreten, so wird noch weniger die noch nicht zur bestimmten Aufforderung fortgeschrittene Verführung, oder das Bemühen, den Willen eines Andern an die Unterordnung zu gewöhnen, in die Sphäre des Criminalrechts gezogen werden dürfen.

In Beziehung auf die bisher behandelte Frage wird es aber wieder von Wichtigkeit, den Begriff der Anstiftung rein zu halten und die übrigen Fälle der Urheberschaft im engern Sinne davon zu sondern, wobei wir an die oben gemachte Unterscheidung erinnern. Fassen wir nämlich

1) den Befehl ins Auge in den Fällen, wo er als solcher wirklich in Betracht kommt, d. h. wo ihm eine Pflicht zum unbedingten Gehorsam correspondirte: so wird nicht zu verkennen seyn, daß seine Bedeutung eine ganz andere sey, als die einer Aufforderung, bei welcher der Provocirte sich selbst erst zu entschließen hatte, ob er der Provocation gemäß handeln wolle, oder nicht. Man wird daher auch nicht in Abrede stellen können, daß die Ertheilung eines verbrecherischen Befehls an sich schon den Befehlenden strafrechtlich verantwortlich machen müsse, und wie ein Versuch des Verbrechers zu strafen sey, wenn er ohne Dazwischenkunft einer Willensänderung des Befehlenden unausgeführt blieb; z. B. ein die Verfassung verletzender Ministerial-Befehl oder Commando eines militairischen Chefs. Es ist hier in der That der Fall kaum verschieden von demjenigen, wo das schon abgedrückte Mordgewehr *versagte*.

2) Wo Jemand durch physischen Zwang oder Androhung von Uebeln, dem die Standhaftigkeit des Andern nicht gewachsen war, ein weiteres Verbrechen hervorbringen wollte, kann die Strafbarkeit des angewendeten Zwanges um so weniger einem Zweifel unterliegen, als er schon an sich unter den Begriff des Verbrechens der Gewaltthätigkeit fallen wird, dessen Strafbarkeit natürlich mit Rücksicht auf die weitere verbrecherische Intention gesteigert werden müßte. Es wird aber außerdem nicht zu verkennen seyn, daß bei wirklich physischem Zwange die That ganz unter den Begriff des verbrecherischen Versuchs fällt und beim psychischen Zwange die Analogie des Befehls eintritt, dessen Strafbarkeit auch bei mangelnder ihm correspondirender That vorhin nachgewiesen wurde.

3) Bei der Benutzung des vorhandenen oder absichtlich erregten Irrthums eines Andern zum Zweck der Hervorbringung eines Verbrechens wird es kaum möglich seyn, daß ohne eigene physische Thätigkeit des Urhebers die verbrecherische Absicht ins Werk gesetzt werde, und diese physische Thätigkeit dann auch meistens von selbst unter den Begriff des verbrecherischen Versuches subsumirt werden können. Wir haben aber dabei, wie sich von selbst versteht, nur solche Fälle im Auge, welche nicht unter den Begriff der Anstiftung fallen, z. B. wenn der Aberglaube einer Person, die ein Liebespulver zu erhalten meinte, zur Vergiftung eines Dritten benutzt wurde. Denn hier wo die Mittelsperson nur das unwillkührliche Werkzeug der Vergiftung seyn sollte, wird die Uebergabe des Giftes an dieselbe von Seiten des eigentlichen Verbrechers unbedenklich als Ausführungsact der Vergiftung betrachtet werden können.

Die weitere Besprechung anderer Fragen behalten wir einer spätern Erörterung vor.

XII.

Ueber den Hochverrath in seiner allgemeinen Richtung gegen die bestehende Verfassung.

Von
Herrn Dr. T. Brackenhoeft,
Privatdocenten in Heidelberg.

§. 1.

Wer in ein Mißverhältniß zum Zustande der Sicherheit oder des Friedens tritt, ist Feind. Wer in ein Mißverhältniß zu einer ihm obliegenden Verpflichtung zur Treue tritt, ist Verräther. Wer in ein Mißverhältniß zu einer durch Strafe reagirenden Rechtsnorm tritt [1]), ist Verbrecher. Diese drei Mißverhältnisse können sich zu einer Einheit gestalten, wenn die Verpflichtung zur Treue die Grundlage des Zustandes des Friedens ist, und ihre Erfüllung durch eine Strafdrohung geschützt wird [2]). Constituirt sich ein Träger, sey es nun des Zustandes des Frie-

1) Dieses Archiv Jahrg. 1840. S. 410. Jahrg. 1847. S. 58.

2) So bei dem Uebergehen zum Feinde: L. 7. D. de re militari 49. 16: „Proditores, transfugae plerumque capite puniuntur . . . pro hoste non pro milite habentur." L. 3. §. 9. D. eod. L. 19. §. 4. D. de captiv. 49. 15. Vgl. Tacitus *de morib. Germ. 12.*

dens oder der Sicherheit [3]) oder des Rechts auf Treue [4]), so begründet jenes Mißverhältniß gegen ihn eine Verletzung. In sofern er als der Inhaber einer Hoheit gedacht wird, ist wenigstens eine Erklärung für die Bezeichnung einer solchen Verletzung als Hochverrath gefunden.

Was wir Hochverrath zu nennen gewohnt sind, ist ein Zweig der römischen Majestätsverletzung. Die Feindseligkeit des Römers gegen das römische Volk oder den Inhaber der römischen Regentengewalt, die Träger der Majestät [5]), ist der Stammbegriff [6]), aus dem die Majestätsverletzung zur Zeit der Freiheit des römischen Gemeinwesens, der Republik [7]), sich entwickelte. Dieser gesellschaftliche Zustand, der jeden Römer zum Träger desselben

---

3) Z. B. das Volk: L. 1. §. 1. D. ad Leg. Jul. maj. 48. 4. „Majestatis autem crimen illud est, quod adversus *populum* Romanum, vel adversus securitatem ejus committitur"; oder der Herrscher: L. 11. D. eod. „qui perduellionis reus est, hostili animo adversus rempublicam vel *principem* animatus." — Dies. Archiv Jahrg. 1847. S. 65.

4) Z. B. der Kriegsherr, der Lehnsherr, auf den Grund des Gelöbnisses.

5) Im Rechtssinne gewiß nichts anders, als eben der bestehende Zustand des römischen Gemeinwesens, wenn auch der Ausdruck die mit demselben verbundene Erhabenheit anderen Völkern gegenüber zu bezeichnen scheint. Untersuchungen darüber haben nur zur Anerkennung der Unbestimmtheit des Begriffs geführt: Dieck histor. Vers. §. 20. 21. Weiske Hochverrath u. s. w. §. 7. 8. 10.

6) Die perduellio: L. 11. D. cit.: über deren Bedeutung in dieser Stelle die Meinungen indeß verschieden sind: s. Mittermaier und Hepp in dies. Archiv Jahrg. 1836. S. 480 fgg. Jahrg. 1837. S. 165 fgg. 357 fgg.

7) Zur Zeit der Könige bestand freilich der Begriff der perduellio, aber er ergriff in dieser Zeit auch Verbrechen, die sich bei seinem Uebergange in die Majestätsverletzung abgesondert haben: vgl. Walter röm. Rechtsgesch. II. S. 421. Not. 1. Die perduellio erscheint in jener Zeit als der Inbegriff derjenigen Handlungen, wegen welcher das crimen (Strafverfahren) perduellionis stattfindet, und nimmt einen *ähnlichen* Standpunkt ein, wie im ältern deutschen Rechte der Friedensbruch.

und seines Friedens constituirte [8]), trug seiner Natur nach schon eine gegenseitige Treupflicht sämmtlicher Bürger in sich [9]), die jener Feindseligkeit den Charakter eines Treubruches oder Verraths mittheilen mußte, wenn er auch nur bei der Vereinigung mit äußeren Feinden als eine besondere Eigenschaft des Verbrechens hervortritt [10]). Die Veränderung der Kaiserzeit, der Erwerb der Ausübung jener Trägerschaft von Seiten des Princeps [11]), ließ den Begriff des Gemeinwesens bestehen, und stand daher der Fortdauer des einmal entstandenen Grundbegriffs der Majestätsverletzung nicht entgegen.

§. 2.

Jene Veränderung vernichtete aber die Eigenschaft des Gemeinwesens als Staat im rechtlichen Sinne des Worts wenigstens thatsächlich, indem sie es den Sonderzwecken des Herrschers dienstbar machte, und diesen die Gesammtzwecke unterordnete. Mit der Entäußerung der ausübenden Trägerschaft jener Majestät [1]) war das Volk in eine Unterthanenschaft verwandelt [2]). Aber die Feind-

---

8) Dies. Archiv Jahrg. 1847. S. 61. 62.

9) Daher die Vergleichung des Mordes am Mitbürger mit dem Verwandtenmorde: Cic. in Verr. II. 5. c. 66., welcher letztere, wenigstens am Mitbürger begangen, unter die perduellio der ältesten Zeit fällt: Liv. 1. 26.

10) Bei den Ueberläufern (oben not. 2), die ebenfalls unter das crimen majestatis fallen: L. 2. D. ad leg. Jul. maj. 48. 4.

11) Durch Vermittelung der lex regia: Burchardi Staats- und Rechts-Gesch. d. Römer §. 69. Not. 1—14.

1) Mit der Magistratur, aus der die kaiserliche Gewalt hervorging, war eine Theilnahme an derselben bereits verbunden. Man streitet indeß, ob dies gleich von Anfang an (De Jonge, de delictis contra rempublicam admissis. Traj. ad Rh. 1847. I. p. 262) oder erst im Laufe der Zeit (van Heiden, de varia majestatis signif. Groning. 1834. p. 6. 9—11) stattgefunden.

2) Dieses Archiv Jahrg. 1847. S. 65.

seligkeit des Unterthanen gegen den Herrscher wurde eben so behandelt, als früher die des Bürgers gegen das Volk [3]). Der Uebergang des Majestätsverbrechens nach Deutschland kann nur der allgemeinen Reception des römischen Rechts durch Wissenschaft und Praxis zugeschrieben werden. Die ausdrückliche Publication eines Theils der römischen Bestimmungen über dasselbe, namentlich der Lex quisquis, im C. 24. der goldnen Bulle, zeigt indeß, daß man es nur auf Verletzungen der kaiserlichen Majestät anwendbar hielt; indem sie dasselbe auf die Churfürsten für den Fall der Lebensnachstellung eben so ausdehnt, wie es die Lex quisquis in Ansehung der viri illustres gethan hatte [4]): was überflüssig gewesen wäre, wenn man Verletzung der landesherrlichen Persönlichkeit und Hoheit ebenfalls als Majestätsverletzung angesehen hätte. Die gemeinrechtlichen Quellen räumen also der Majestätsbeleidigung in der That kein weiteres Gebiet ein, als das der kaiserlichen Majestät, zu deren Theilhabern die Churfürsten erklärt sind. Aber Verrath kennt die P. G. O. Art. 124 außer gegen gleichgestellte verbundene Personen [5]), auch gegen ein Land, eine Stadt, und seinen eignen Herrn. Bei der Größe der hier ausgesprochenen Strafe, der geschärften Todesstrafe, wird man diesen Artikel nur auf solche verrätherische Handlungen beziehen dürfen, die die Existenz des Verrathenen gefähr-

3) Das zeigt namentlich die Fortdauer der Strafbarkeit des Entschlusses: ebendas. S. 62. S. 94. 95 mit Not. 7. Die republikanische Strenge konnte dem Despotismus nur willkommen seyn, und der religiöse Charakter des altrömischen Strafrechts ergreift nicht sowohl den Rechtsbegriff des Verbrechens, als die Auffassung der Strafe, die sich in den leges sacrae ausspricht. Größeres Gewicht scheint darauf zu legen Marquardsen, in dies. Archiv Jahrg. 1849. S. 248.

4) *L. 5. C.* ad Leg. Jul. maj. 9. 8.

5) Nahe Verwandte und Bettgenossen.

en [6]). Ungeachtet der Unbestimmtheit des Thatbestan-
es, die dieser Artikel übrig läßt, dient er doch dazu, es
u bestätigen, daß man den Begriff der Majestätsbeleidi-
ung keineswegs auf jede Verletzung des Zustandes des
friedens oder der Sicherheit, oder seiner Träger, an-
vendbar hielt; auch dann nicht, wenn sie den Frieden des
igenen Landes oder den Inhaber der Hoheit über dasselbe
erichtet war. Denn daß hier der Landesherr ausgenom-
nen sey, läßt sich ohne Willkühr nicht annehmen [7]); und
venn eine Majestätsbeleidigung gegen ihn begangen wer-
en können, so wäre eine besondere Bestimmung über einen
egen ihn verübten Verrath offenbar eben so überflüssig ge-
vesen, als die Ausdehnung der Lex quisquis auf die
hurfürsten.

§. 3.

Das Verbrechen des Verraths hat seiner Natur nach
nit der Majestätsverletzung, sofern sie in gefährdender Weise
egangen wird, das gemein, daß die Gefährdung zum

6) Namentlich also Angriffe auf das Leben: Roßhirt, N. Archiv d. Crim. R. IX. S. 143. Daß nach dem Geiste der P. G. O. unter Verrath nur diejenige Handlung zu verstehen sey, durch die jemand der Feindseligkeit eines Dritten exponirt wird, läßt sich dadurch, daß sie im Art 42 verdächtigen Verkehr mit einer Person, die solche Feindseligkeiten verübt, als Indicium aufstellt, nicht begründen. A. M. Boehmer, med. in C. C. C. p. 495.

7) Beispiel der Anwendung der Strafe des Verraths auf Verrath gegen den Fürsten, bei Zöpfl Bamb. Str. R. S. 140 Einleit. S. 117. Diejenigen, welche auch gegen jeden Landesherrn schlechthin einen der Majestätsbeleidigung gleichstehenden Hochverrath begehen lassen, suchen zwar in diesem Artikel einen andern Herrn (so Boehmer l. c. p. 497), namentlich den Lehnsherrn. Daß übrigens der Art. 124 der P. G. O. die eigentliche Majestätsverletzung gegen den Kaiser nicht mit umfaßt, zeigt sich auch darin, daß die Bamberg. H. G. O. neben dem gleichen Art. (149) noch einen besondern Artikel (132) über die Majestätsbeleidigung enthält.

Verfassung begründeten hoheitlichen Rechts des Beherrschers der unterworfenen Gesammtheit betrachten kann und betrachtet.

§. 4.

Daß die einzelnen Länder Deutschlands solche Gemeinwesen nicht bilden, folgt daraus, daß sie der Landesherrlichkeit unterworfen sind, und diese anerkannt keine Magistratur ist. Als reines, von keiner Rechtspflicht zur Ausübung begleitetes, Recht ist sie weiter nichts, als eben ein Privatrecht [1]). Und wenn mit derselben die ihrer Natur nach öffentliche, d. h. mit Verantwortlichkeit wegen der Ausübung begleitete [2]), Regentengewalt verbunden ist, und dadurch ihre Ausübung mit der jenes Privatrechts identisch und den Unterworfenen gegenüber eine rechtlich verantwortlichkeitsfreie wird [3]), so ist das eben dasjenige juridische Mißverhältniß, welches heutzutage unter dem Namen der Monarchie im Widerstreite mit der Rechtsidee des Staats, dem Rechtsstaate, besteht. Die rationale Grundlage eines solchen Verhältnisses kan nur politischer Natur seyn. Seine historische Grundla liegt aber in der Eigenthümlichkeit deutscher Rechtsbildu durch autonomische Unterwerfung. Darunter wird h verstanden: die Begründung von Rechtsgestaltungen, o was dasselbe ist, die Gestaltung von Rechtsverhältnis

1) Dieses Archiv Jahrg. 1847. S. 65.

2) Ebendas. Not. 8.

3) Fragt man: wie es werden soll, wenn der Monarc regiert, sein Recht nicht ausübt? so findet man zu Antwort: daß es dann keinen andern Ausweg geb ihn als verzichtend zu betrachten, so bei Mohl: wortlichkeit der Minister. Das steht indeß mit dem eines Rechts im geraden Widerspruche; und wenn e andern Ausweg giebt, so liegt darin allein schon der daß das monarchische Recht im Widerspruche mit der des Staates steht.

unabhängig von einer die Begründer beherrschenden Rechtsnorm nach ihrer durch Rechtsanmaßung von der einen und Unterwerfung unter dieselbe von der andern Seite, sie sey wörtlich oder durch Handlungen oder Unterlassungen gegeben, als gemeinsam anerkannten subjectiven Rechtsanschauung [4]). Der auf dieses historische Recht gegründete Zustand bleibt aber nichts desto weniger im Widerspruche mit der Rechtsidee des Staates. Ein gegen ihn oder gegen das Bestehen jenes Rechts gerichteter Angriff, der keine weitere Verletzung in sich faßt, hat demnach, auch wenn er mit Strafe bedroht ist, dennoch immer den Charakter eines Angriffs auf ein Unrecht und einen unrechtmäßigen Zustand, der die Negation einer verbrecherischen Eigenschaft der That in sich trägt. — Es ist die in der Natur jener Monarchie nothwendig begründete Eigenschaft derselben, daß sie mit jedem Rechte, welches nicht eine precaire Gabe von ihr und demnach ihr gegenüber kein Recht ist, in dem gegensätzlichen Verhältnisse der Feindseligkeit steht, sobald dieses Recht einen gemeinsamen Rechtszustand der ihr unterworfenen Gesammtheit bildet; mag nun dessen Zuständigkeit in Ansehung Einzelner von besonderen Voraussetzungen abhängig seyn oder nicht. Nur Rechte Einzelner als solche können ihr befreundet seyn, da sie ihrer Natur nach in Abhängigkeit von einer höhern

4) Während bei der Begründung von Rechtsgestaltungen nach einer die Begründer gleichmäßig beherrschenden Rechtsnorm diese als gleiche vereinbarende Persönlichkeiten einander gegenüberstehen, tritt hier Unterwerfung der Person, beziehungsweise des Rechtsstoffes des einen Theils dem andern Theile gegenüber ein, was sich namentlich auch bei der Begründung von Rechtsverhältnissen durch das, vom Gewohnheitsrechte durchaus verschiedene, Herkommen findet. Zur Rechtfertigung dieser Ansicht kann an diesem Orte freilich nur auf das Wesen der deutschen Rechtsbildung im Allgemeinen Bezug genommen werden; allein sie dürfte das Dunkel, welches über dieses Wesen noch immer schwebt, zu beseitigen geeignet seyn.

Verfassung begründeten hoheitlichen Rechts des Beherrschers der unterworfenen Gesammtheit betrachten kann und betrachtet.

§. 4.

Daß die einzelnen Länder Deutschlands solche Gemeinwesen nicht bilden, folgt daraus, daß sie der Landesherrlichkeit unterworfen sind, und diese anerkannt keine Magistratur ist. Als reines, von keiner Rechtspflicht zur Ausübung begleitetes, Recht ist sie weiter nichts, als eben ein Privatrecht [1]). Und wenn mit derselben die ihrer Natur nach öffentliche, d. h. mit Verantwortlichkeit wegen der Ausübung begleitete [2]), Regentengewalt verbunden ist, und dadurch ihre Ausübung mit der jenes Privatrechts identisch und den Unterworfenen gegenüber eine rechtlich verantwortlichkeitsfreie wird [3]), so ist das eben dasjenige juridische Mißverhältniß, welches heutzutage unter dem Namen der Monarchie im Widerstreite mit der Rechtsidee des Staats, dem Rechtsstaate, besteht. Die rationale Grundlage eines solchen Verhältnisses kann nur politischer Natur seyn. Seine historische Grundlage liegt aber in der Eigenthümlichkeit deutscher Rechtsbildung durch autonomische Unterwerfung. Darunter wird hier verstanden: die Begründung von Rechtsgestaltungen, oder, was dasselbe ist, die Gestaltung von Rechtsverhältnissen,

---

1) Dieses Archiv Jahrg. 1847. S. 65.

2) Ebendas. Not. 8.

3) Fragt man: wie es werden soll, wenn der Monarch nicht regiert, sein Recht nicht ausübt? so findet man zwar die Antwort: daß es dann keinen andern Ausweg gebe, als ihn als verzichtend zu betrachten, so bei Mohl: Verantwortlichkeit der Minister. Das steht indeß mit dem Wesen eines Rechts im geraden Widerspruche; und wenn es keinen andern Ausweg giebt, so liegt darin allein schon der Beweis, *daß das monarchische Recht im Widerspruche mit dem Wesen des Staates steht.*

unabhängig von einer die Begründer beherrschenden Rechtsnorm nach ihrer durch Rechtsanmaßung von der einen und Unterwerfung unter dieselbe von der andern Seite, sie sey wörtlich oder durch Handlungen oder Unterlassungen gegeben, als gemeinsam anerkannten subjectiven Rechtsanschauung [4]). Der auf dieses historische Recht gegründete Zustand bleibt aber nichts desto weniger im Widerspruche mit der Rechtsidee des Staates. Ein gegen ihn oder gegen das Bestehen jenes Rechts gerichteter Angriff, der keine weitere Verletzung in sich faßt, hat demnach, auch wenn er mit Strafe bedroht ist, dennoch immer den Charakter eines Angriffs auf ein Unrecht und einen unrechtmäßigen Zustand, der die Negation einer verbrecherischen Eigenschaft der That in sich trägt. — Es ist die in der Natur jener Monarchie nothwendig begründete Eigenschaft derselben, daß sie mit jedem Rechte, welches nicht eine precaire Gabe von ihr und demnach ihr gegenüber kein Recht ist, in dem gegensätzlichen Verhältnisse der Feindseligkeit steht, sobald dieses Recht einen gemeinsamen Rechtszustand der ihr unterworfenen Gesammtheit bildet; mag nun dessen Zuständigkeit in Ansehung Einzelner von besonderen Voraussetzungen abhängig seyn oder nicht. Nur Rechte Einzelner als solche können ihr befreundet seyn, da sie ihrer Natur nach in Abhängigkeit von einer höhern

---

4) Während bei der Begründung von Rechtsgestaltungen nach einer die Begründer gleichmäßig beherrschenden Rechtsnorm diese als gleiche vereinbarende Persönlichkeiten einander gegenüberstehen, tritt hier Unterwerfung der Person, beziehungsweise des Rechtsstoffes des einen Theils dem andern Theile gegenüber ein, was sich namentlich auch bei der Begründung von Rechtsverhältnissen durch das, vom Gewohnheitsrechte durchaus verschiedene, Herkommen findet. Zur Rechtfertigung dieser Ansicht kann an diesem Orte freilich nur auf das Wesen der deutschen Rechtsbildung im Allgemeinen Bezug genommen werden; *allein* sie dürfte das Dunkel, welches über *dieses Wesen noch immer* schwebt, zu beseitigen geeignet seyn.

Macht stehen[5]), während der Rechtszustand einer Gesammtheit ihrer Natur nach in ihrer eignen Macht beruht, die der Selbständigkeit nur in Folge einer besondern Entziehung entbehrt. Mit der Anerkennung der Monarchie sind ihr gegenüber keine anderen gesammtheitlichen Rechte vereinbar, als Rechte auf die Gabe oder die Nichtentziehung von Rechten, oder Rechte auf Rechte. Aus dieser Mißgestaltung bestehen diejenigen Rechte, welche man politische nennt; eine Gestaltung, die außerhalb der Monarchie geradezu unmöglich seyn würde[6]). — Jedes derartige Recht, welches nicht in dieser Mißgestaltung dem monarchischen Rechte (als Errungenschaft) gegenübertritt, ist ihm gegenüber nur subjective Rechtsanschauung und seine Verwirklichung Verletzung. Der Angriff auf das monarchische Recht und den auf dasselbe gegründeten Zustand gestaltet sich so, ungeachtet des Mangels einer verbrecherischen That, zu einer Rechtsverletzung und sofern er mit Strafe bedroht ist, zum Verbrechen; eine zweite Mißgeburt der Monarchie, die als politisches Verbrechen getauft ist.

---

5) Daher erkennt denn auch die absolute Monarchie die natürliche Freiheit des Einzelnen, sofern sie dem Gesetze nicht widerstreitet, gern an (Preuß. Landr. Einleit. §. 94. Oesterreich. Gesetzb. §. 16. 17), weil es dessen ungeachtet von ihrer Willkühr abhängig bleibt, welche Beschränkungen das Gesetz ihr hinzufügt.

6) Denn die Gesammtheit kann keine Rechte gegen sich selber haben; und die Sanction der Unentziehbarkeit gewisser Rechte Einzelner würde in einer Republik immer nur eine Modification der gesetzgebenden Regierungsfunction seyn, die von der Gesammtheit immer geändert werden könnte. Die Grundrechte der deutschen Nation könnten in einer von republikanischer Anschauung durchdrungenen und von jedem monarchischen Elemente freien Organisation die Gestaltung politischer Rechte überall nicht annehmen. In Frankreich führten solche Rechte den Namen: droit public des Français; darüber: Rauter Zeitschr. f. krit. Rechtsw. XXI. S. 249 fgg.

§. 5.

Der Angriff auf jene Monarchie ist nicht etwa Angriff auf eine bloße Regierungsform, oder auf den bestehenden Regierungsorganismus, sondern ein Angriff auf ein Fundamentalrecht, auf die rechtliche Grundlage der bestehenden Regierungsform, oder auf die Staatsform, sofern man diesen Ausdruck für die Monarchie gebrauchen kann. Er ist ein Angriff auf ein Verhältniß, welches vermöge der Gestaltungen, welche die monarchische Gewalt in ihrem Interesse dem ihr unterworfenen Zustande verleiht, seinen Einfluß auf die ganze sociale Stellung der Glieder der ihm unterworfenen Gesammtheit erstreckt. So lange man nicht nach dem Rechtsgrunde der monarchischen Gewalt fragt, sondern sich mit dem Glauben eines Berufenseyns ihres Trägers zu derselben begnügt, wird die Idee eines politischen Verbrechens überall keinen Anhaltpunkt finden können. Sie wird auch da, wo jene monarchische Gewalt fehlt, und die auf dem Gesammtwillen begründete Magistratur, beziehungsweise die Gesammtheit selber, die Trägerin der höchsten Gewalt ist, auf Unternehmen zur Aenderung der Regierungsform keine Anwendung erleiden, weil sie, sofern sie nicht durch verbrecherische Mittel erstrebt wird, keinen verletzenden Charakter hat, indem sie als Angriffe auf bestehende Rechte überall nicht aufgefaßt werden kann; und ihrer Anwendung auf Unternehmen zur Aenderung der Staatsform durch Unterwerfung der Gesammtheit unter eine monarchische Gewalt steht entgegen, daß ihnen kein Rechtsgrund zur Seite stehen kann, der ihnen den gemein-verbrecherischen Charakter des Verraths gegen die Gesammtheit entzöge. Die gemeinrechtlichen Quellen, in denen die Merkmale, nach denen wir die Verschiedenheit der Verbrechen *bestimmen*, nur als Merkmale verschiede-

ner Begehungsarten des Verbrechens überhaupt von verschiedener Strafbarkeit hervortreten [1]), kennen weder jene noch diese Unternehmen als Begehungsarten des Verbrechens. Denn die Strafdrohung der römischen Republik gegen die unternommene Occupation der Regierungsgewalt [2]) ging nicht in diese Quellen über. Das Unternehmen des Umsturzes oder der Aenderung der Verfassung tritt in den Gesetzen als besondere und selbständige Begehungsart des Hochverraths erst hervor, als die deutsche Landesherrlichkeit eine selbständige Stellung zu behaupten unternimmt [3]). Die größere Zahl der geltenden Strafrechtsbücher Deutschlands entstand in den nach Eintritt dieser Selbständigkeit gegründeten constitutionellen Zuständen, in denen das monarchische Princip, die Zuständigkeit der Regierungsgewalt als ein von keiner rechtlichen Verantwortlichkeit begleitetes Sonderrecht, durch die Erklärung der Heiligkeit und Unverletzlichkeit der Person des Monarchen befestigt wurde. In ihm fand man noch in den Bewegungen der neuesten Zeit die allein zur Erhaltung des Zustandes des Friedens oder der rechtlichen Ordnung geeignete Macht [4]). Nur politische Berechtigungen der Unter-

---

1) Dieses Archiv Jahrg. 1847. S. 66. 67.

2) Livius II. 8: (die lex Valeria) . . . „de sacrando . . . cum bonis capite ejus, qui regni occupandi consilia inisset." Daraus folgt aber nur, daß die Römer Umwälzung der Staatsform als Verbrechen, nicht aber, daß sie es als Begehungsart des Majestätsverbrechens der Quellen der monarchischen Zeit kennen. In sofern nun das letztere verneint wird von Weiske a. a. O. S. 38. 39, Mittermaier Staatslexicon VIII. S. 203, erscheinen die Einwendungen dagegen bei de Jonge l. c. p. 386 sqq. unbegründet.

3) Im preußischen Landrechte zuerst: unten §. 8.

4) Die Majorität der Frankfurter Nationalversammlung, in Uebereinstimmung mit der in Folge der Karlsbader Beschlüsse über den Art. 13 der Bundesacte abgegebenen österreichischen Erklärung.

worfenen beschränkten den Umfang und die Ausübung der monarchischen Sonderrechte [5]).

§. 6.

Die Doctrin stellte eine Statistik der Sonderrechte des Monarchen und der ihnen gegenüberstehenden politischen Berechtigungen der Unterworfenen, verbunden mit der Darstellung des auf sie gegründeten Regierungsorganismus als ein Staatsrecht auf, und vindicirte den ihr zum Grunde liegenden Privatrechten den Charakter öffentlicher Verhältnisse. Die mit der völkerrechtlichen Unabhängigkeit des Staates, der Souverainetät [1]), bekleideten Monarchien gelangten zu dem Namen von Staaten. Die Grundlage des monarchischen Staats, das Sonderrecht des Monarchen am Lande, charakterisirt ihn als Territorialstaat [2]). Seine natürliche Reaction gegen die Wirksamkeit der ihm feindseligen, durch autonomische Anerkennung in ein äußeres Friedensverhältniß aufgenommenen politischen Berechtigungen der Gesammtheit und die Regungen

5) Die Begründung der Monarchie auf einem Eigenthume des Monarchen am Grunde und Boden des Gebietes war sehr leicht zu widerlegen, wenn man ihr den Begriff des Eigenthums in der heutigen Bedeutung unterschob. Germanisches Eigenthum, die Grundlage der Monarchie in England (Zachariä krit. Zeitschr. für Rechtsw. d. Ausl. II. S. 70), dem Lande, welches den constitutionellen Zustand aus sich selber herausgebildet hat, ist indeß etwas anderes.

1) Deren Anerkennung bekanntlich auch der deutschen Bundesacte, ungeachtet des durch sie begründeten Verbandes, nicht fehlt.

2) Die Ausdrücke: Staat und Land, pflegt man sehr beliebig zu gebrauchen. Doch hat man wohl noch nie von Staatsständen, sondern immer nur von Landständen, oder zuweilen auch von Reichsständen, gesprochen; dahingegen in neuerer Zeit in Beziehung auf die Begriffsbestimmung des Hochverraths den Ausdruck: Landesherr, unpassend gefunden (in den Verhandlungen über den preuß. Entwurf: Temme, Critik des Entw. d. Str. G. B. f. d. preuß. Staaten II. S. 5).

der ihm fremd gegenüberstehenden Idee des rechtlichen Wesens des Staats, des Rechtsstaates, hat ihm auch den Namen des Polizeistaats erworben. Die Berechtigungen, welche die Constitutionen den Unterworfenen dem Monarchen gegenüber gewähren, haben die Benennung der Staatsbürger für diese in Aufnahme gebracht. Die Gesammtheit der Staatsbürger eines Landes stellt sich in der Trägerschaft dieser Berechtigungen dem Monarchen gegenüber als ein, wiewohl ihm unterworfenes, der Souverainetät entbehrendes Gemeinwesen dar, das nicht allein einen integrirenden Bestandtheil jenes Territorialstaates an sich, der Staatsform, sondern auch in der Theilnahme an der Gesetzgebung durch die Kammern einen solchen Bestandtheil der Regierungsform bildet. Dieses dualistische Verhältniß ist indeß auf die Gestaltung des Hochverraths in den neueren Strafgesetzbüchern der constitutionellen Länder Deutschlands ohne Einfluß geblieben, die Hinderung des Monarchen an der Ausübung der Regierung als eine der Hauptarten der Begehung des Hochverraths aufstellen, aber nicht die Hinderung der Kammern in der Ausübung ihrer staatsbürgerschaftlichen Thätigkeit. Es zeigt sich darin eine Fortdauer der Beschränkung des Hochverraths auf Verletzungen gegen die Souverainetät [3]). Dem constitutionellen Zustande dürfte es indeß entsprechen, der Wirksamkeit der staatsbürgerlichen Rechte gleichen Schutz zu Theil werden zu lassen, wie der Ausübung der Rechte des Monarchen. In wiefern aber die Bedrohung des Umsturzes der Verfassung mit der Strafe des Hochverrathes, wobei das Würtembergische Strafgesetz die Aufhebung des Instituts der Landstände ausdrücklich hervorhebt, jenen Schutz zu gewähren geeignet sey: das hängt davon ab, in welcher Weise ein solcher Umsturz, die Aufhebung oder

---

3) *Summum imperium:* **Boehmer** l. c. p. 502.

Veränderung eines rechtlichen Verhältnisses durch eine widerrechtliche Handlung überhaupt bewirkt werden kann, und welche Unternehmungen demnach unter jene Strafdrohung fallen.

§. 7.

Der Hochverrath zeichnet sich vor anderen Verbrechen dadurch aus, daß er, von der theilweisen Richtung abgesehen die er in der constitutionellen Monarchie nehmen kann, ein Mißverhältniß zu der Totalität des bestehenden Zustandes des Friedens oder des Rechtszustandes begründet, indem seine Begehung gegen ein Fundamentalverhältniß desselben gerichtet ist [1]). Ein Fundament des Rechtszustandes ist die Verfassung, d. h. der normirende Ausdruck der Gestaltung eines Rechtszustandes, allerdings. — Allein das Daseyn der Verfassung in der rechtlichen Bedeutung ist mit diesem Ausdrucke noch überall nicht gegeben, sondern bedingt durch die Verwirklichung der ausgedrückten Gestaltung in dem bestehenden Rechtszustande. Der Rechtszustand an sich ist wiederum nur ein Inbegriff intellectueller Verhältnisse; aber ihr Daseyn beruht auf ihrer Anerkennung, die es erfordert, daß sie die ihr entsprechenden Wirkungen in der äußern Sinnenwelt durch den entsprechenden Einfluß auf die Handlungsweise ihrer Träger und der ihr Unterworfenen äußert. Dadurch wird der Rechtszustand, und mit ihm die Verfassung, äußeren Angriffen zugänglich. Ein Träger der Verfassung als solcher kann indeß nie einen Angriff auf sie begehen, indem er durch einen solchen Angriff und in demselben aufhört ein Träger der Verfassung zu seyn. Der hochverrätherische Angriff auf die Verfassung wird demnach immer nur von

1) Dieses Archiv Jahrg. 1847. S. 90. 93.

solchen Subjecten begangen, die ihr unterworfen sind [2]). Der Träger der Verfassung kann indeß schon dadurch eine Verletzung derselben begehen, daß er sich der Trägerschaft derselben entzieht und damit einen Verrath begeht [3]). Diese Art der Begehung eines Hochverraths gegen die Verfassung ist aber heutzutage dadurch ausgeschlossen, daß die Person des Monarchen kein Verbrechen begeht, und die Kammern nur durch verfassungsmäßige Thätigkeit als solche bestehen, auch verfassungswidrige Handlungen der Minister nicht in dieser Weise begangen werden können [4]). Sie ist ferner auch nach den particulairen Strafgesetzen dadurch ausgeschlossen, daß sie zur Begehung des Hochverraths gegen die Verfassung das Unternehmen einer Gewaltthat als Mittel zu deren Aenderung, oder doch ein Unternehmen, welches den Gebrauch eines solchen Mittels bezweckt [5]), für

2 Ob nur der Unterthan, oder auch, wie nach den neueren Strafgesetzen (mit Ausnahme des baierischen und oldenburgischen mit denen im Principe auch das hannövrische übereinstimmt: Häberlin Grundſ. d. Crim. R. nach den neuen deutschen Str. G. B. II. S. 7 fgg), der Fremde den Hochverrath begehen kann; das muß consequenterweise davon abhängen, ob er ein Theilnehmer an diesem Rechtszustande geworden ist (dies. Archiv Jahrg. 1847. S. 93). In Folge einer Unterscheidung zwischen Rebellion und Hochverrath hat man auch die Begehung des letztern auf einen Theilhaber der öffentlichen Gewalt beschränkt: Fichte Grundlage des Naturrechts u. s. w. II. S. 110. 111; Tittmann Handb. II. S. 11. 12. Durch Handlungen eines Fremden im Dienste eines feindlichen Staats kann aber jedenfalls kein Hochverrath begangen werden.

3) Dieses Archiv Jahrg. 1847. S. 61. 94. 95; oben §. 1. Not. 9. 10.

4) Denn ihre Pflicht zur verfassungsmäßigen Thätigkeit wird nur durch ein Dienstverhältniß zu einem Träger der Verfassung vermittelt, und deren Nichterfüllung raubt daher der Verfassung eben so wenig einen Träger, als dies, bei dem ebenfalls mittelbaren Verhältnisse eines Kammermitgliedes zu einer solchen Trägerschaft durch dessen Austritt geschieht. Sie sind nur Träger der Ausübung.

5) *Letzteres* nach preuß. Landr. II. 20. §. 92; Oesterr. Str. G. B. §. 52; *so* wie bei der Verschwörung.

erforderlich erklären. Sie fordern also eine Begehungsart, welche an sich schon mit dem Zustande rechtlicher Ordnung im Widerstreite ist, sofern ihr nicht ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, oder ein auf eine solche Begehungsart gerichtetes Unternehmen. Und wenn nach ihrer Fassung es dunkel bleibt, wie sie in diesem Wege eine Aufhebung oder Aenderung der Verfassung für möglich halten, so wird man zu der Ansicht gedrungen, daß irgend ein, einem derartigen Unternehmen mit den übrigen Begehungsarten des Hochverrathes gemeinsamer, rein idealer Gesichtspunkt dafür leitend gewesen sey, dem Begriffe des Hochverraths diese Ausdehnung zu geben. Das Merkmal des Verraths, welches in dem Angriffe des Unterthanen auf den Monarchen gefunden werden kann, scheint indeß auf diese Begehungsart heutzutage jedenfalls dann nicht zu passen, wenn überall keine Aufhebung oder Schmälerung des Rechts des Monarchen bezweckt wird. Eine Feindseligkeit gegen den bestehenden Rechtszustand, die sich in einem derartigen Unternehmen ausspräche, kann dahingegen an sich und von dem Merkmale des Verraths entkleidet die verbrecherische Eigenschaft der That nicht begründen [6]; auch abgesehen davon, daß der Begriff eines eigentlichen Feindesverhältnisses doch immer eine Feindseligkeit gegen die Totalität des Rechtszustandes mit Einschluß der in demselben vereinten Gesammtheit gehört, wie sie in dem von dem Hochverrath im engern Sinne in den

6) Ist auch der animus hostilis (oben §. 1. Not. 3) ein Bild der beabsichtigten Kriegführung (Hepp in dies. Archive Jahrg. 1837. S. 361. 363) oder der Ausübung eines Kriegsrechts in der Bestrafung (Roßhirt N. Archiv d. Crim. R. XI. S. 141 — 143), so folgt aus ihm doch noch keine verbrecherische Eigenschaft. Vielmehr erscheint er als die Eigenschaft eines andern Verbrechens, welches gegen dessen Urheber ein Verfahren wie gegen einen Feind (crimen perduellionis: *oben §. 1. not. 7) begründet.*

neueren Gesetzen abgesonderten Landesverrathe sich zeigt [7]). Sonach bleibt als möglicher leitender Gesichtspunkt nur die Auffassung des Hochverraths als Staatsverbrechen [8]) und der Verfassung als eines Fundamentalbestandtheils des Staates übrig; wobei indeß auch die Idee nicht fern gewesen seyn mag, die Verfassung an dem Gepräge der Heiligkeit Theil nehmen zu lassen, welches die Verfassungen der Person des Monarchen vindiciren.

§. 8.

Nicht alle Strafgesetze aber sind bei jener Unbestimmtheit des Begriffes stehen geblieben. Zunächst findet sie sich in einem Gesetze der absoluten Monarchie, im Preuß. Landrechte II. Tit. 20. §. 92, wo es heißt:

> „Ein Unternehmen, welches auf eine gewaltsame Umwälzung [1]) der Verfassung des Staates oder gegen das Leben oder die Freiheit seines Oberhauptes abzielt, ist Hochverrath."

Dahingegen heißt es im Badischen Strafgesetz von 1845 Tit. 42. §. 586:

> „Wer mittelst Anwendung von Gewalt oder Drohung einen Angriff gegen den Großherzog unternimmt, um denselben von der Regierung zu entfernen u. s. w. . . . oder zur Abänderung oder Unterdrückung der Staatsverfassung zu nöthigen u. s. w. . . . wird als Hochverräther mit dem Tode bestraft."

---

7) Zuweilen auch Staatsverrath, bald diplomatischer, bald militairischer: Häberlin a. a. O. S. 35 fgg.

8) Staatsverrath als Collectivname für Verbrechen dieser Art: Häberlin a. a. O. S. 6. 7.

1) Ueber Vorschläge zur Abänderung in: „gewaltsam ändern", „eigenmächtig ändern", „umstürzen": Temme a. a. O. II. S. 10 fgg.

Daran reihen sich, als hierher gehörige Fälle des Hochverraths: das Verlassen des gewaltsamen Einschreitens einer fremden Macht, um den Monarchen zur Aenderung der Verfassung zu nöthigen (§. 588), und die Erregung eines Aufruhrs sowie die Theilnahme an einem Aufruhr in Folge vorausgegangener Verschwörung zum Zwecke der Aenderung oder Unterdrückung der Verfassung (§. 589). — Gewaltsame Handlungen zum Umsturze der Verfassung, die ohne einen durch Gewalt oder Drohung unternommenen Angriff gegen den Monarchen, ohne Herbeiziehung einer fremden Macht, ohne Erregung von Aufruhr und ohne Verschwörung vorgenommen worden, begründen darnach keinen Hochverrath. Eine solche Handlung würde indeß ohne Hinzutreten der Einwilligung des Monarchen auch nicht einmal zu einem vorübergehenden Erfolge führen können, und demnach ohne diese nur eine gewaltsame Manifestation der Absicht des Umsturzes seyn. Sie läßt sich aber auch unter Voraussetzung dieser Einwilligung als ein Act der Ausführung nur denken, wenn sie zur Erlangung der Einwilligung in die Abänderung der Verfassung gegen die dazu ermächtigte Volksvertretung gerichtet ist. Während dem Zustande, auf den die preußische Strafbestimmung geht, ein solches Ereigniß schon von selber fremd ist, wird es in dem constitutionellen Zustande Badens durch die Strafbestimmung vom Hochverrathe ausgeschlossen. Durch die badische Strafbestimmung hört aber auch die Verfassung an und für sich selber in der That auf, Gegenstand der Begehung des Hochverraths zu seyn, indem die Richtung auf sie nur die Bedeutung hat, an sich schon verbrecherische Handlungen zu hochverrätherischen zu qualificiren. Zu demselben Resultate führen die Gesetzbücher für Baiern, Hannover und Oldenburg, indem sie die genannten Arten des Hochverraths, *welche das badische* Gesetz aufstellt, als aus-

schließliche Mittel der Begehung des Hochverraths betrachten [2]); sobald man davon absieht, daß sie auch durch Verschwörung einen Hochverrath begehen lassen [3]). —

(Beschluß im nächsten Hefte.)

---

2) Eine Modification erleidet dies indeß im Hannöv. Str. G. B. durch den weitern Begriff des Staatsverraths: Häberlin a. a. O. S. 6. 7.

3) S. Häberlin a. a. O. S. 18.

XIII.

Vergleichung der englischen und französischen Jury.

Von

Hepp.

(Vergl. Nr. XXII. Jahrg. 1849. Heft 4. u. Nr. I. im vor. Hefte.)

§. 5.

Die verschiedene Durchführung des Anklageprincips.

Hier treten wiederum in verschiedenem Gegensatze das englische und das französische Recht hervor. Während dem englischen Strafproceß die volle und consequente Durchführung des Anklageprinzips nachzurühmen ist, erinnert das französische Verfahren, ungeachtet die Staatsbehörde die Veranlassung zur Untersuchung giebt, die von ihr erhobene Anklage zu begründen und desfalls Anträge an das Criminalgericht zu stellen hat, nur zu sehr an den deutschen Inquisitionsproceß und dessen Tendenz, dem Angeschuldigten ein Bekenntniß der Schuld abzupressen, oder doch ihn dahin zu treiben, daß er durch Lügen, Widersprüche und Verweigerung der Antwort (denn keine Antwort ist auch eine Antwort) die gegen ihn vorhandenen Anzeigen verstärkt, und sich gleichsam stillschweigend für schuldig bekennt. Dies tritt nicht nur in der Voruntersuchung,

sondern auch in dem Hauptverfahren so unverhüllt hervor, daß ähnliche Klagen, wie man sie längst in Deutschland über die Mißbräuche der Inquisitionsmaxime gewohnt ist, schon oft genug auch von Frankreich her vernommen worden sind. Und doch beläßt man in dieser Beziehung alles beim Alten, weil man in Frankreich der Jury kein anderes Interesse als ein politisches abzugewinnen weiß, sich daher nur in immer neuen Wahlgesetzen erschöpft, aber für die wirklichen Gebrechen des Strafverfahrens kein Auge und kein Ohr hat! Zu diesen Gebrechen gehört vor allen Dingen das eminente Vorherrschen der Inquisitionsmaxime ungeachtet der Form der Anklage.

Betrachten wir zunächst die englische, und dann die französische Voruntersuchung in ihren Gegensätzen.

In England [1]) geht die Voruntersuchung (examination) von dem Friedensrichter der Grafschaft, welcher polizeiliche und richterliche Functionen in sich vereinigt [2]), in der Hauptstadt aber von dem die Stelle desselben vertretenden Polizeirichter, und bei Tödtungen insbesondere von den Coroners (§. 3) aus. Die Veranlassung dazu giebt in der Regel eine Denunciation, sey es daß der Damnificat, oder ein Dritter, oder ein öffentlicher Angeber (Polizeibeamter, Constabler ꝛc.) vor dem Friedensrichter auftritt, um später die Rolle eines Anklägers in der Sache zu übernehmen, wozu er nöthigenfalls durch Cautionsbestellung angehalten wird, wenn er sich nicht freiwillig dazu verständigt. Hier aber, d. h. in der Voruntersuchung, wird die Partei noch nicht als Kläger, sondern mehr als Denunciant behandelt, da-

1) Rüttimann a. a. O. S. 16 fg. Mittermaier in diesem Archiv 1848. S. 203 fg. S. 618 fg.

2) Wie dies auch beim deutschen Untersuchungsrichter der Fall ist, z. B. wenn er dem Grund oder Ungrund eines Gerüchts, der Glaubwürdigkeit einer Denunciation nachforscht ꝛc.

her der Friedensrichter an das zur Begründung der Anschuldigung Vorgebrachte nicht gebunden ist, also z. B. zur Ermittelung der Sachlage auch nicht vorgeschlagene Zeugen vernehmen kann, überhaupt die durch die jedesmalige Lage der Sache gebotene amtliche Thätigkeit entwickelt, indem er z. B. Verhaftungen, Haussuchungen, Ortsbesichtigungen rc. vornimmt, ohne daß dem Anklageprinzip dadurch Abbruch geschieht. Denn theils handelt es sich bei der Verfolgung von Verbrechen um die Interessen der bürgerlichen Gesellschaft, was auch formell dadurch hervortritt, daß der Kläger Namens des Königs klagt, während bei Streitigkeiten um das Mein und Dein das Gesetz Alles den streitenden Theilen allein überlassen kann und soll; theils muß der Bürger darauf zählen können, daß ihn der Staat in der Ausübung einer beschwerlichen Bürgerpflicht so weit unterstütze, als seine Privatmittel zur Verfolgung des Verbrechers nicht ausreichen. Weiter aber als zur Ermittelung der Frage, ob nach den vorläufig ermittelten Beweisen sich die Sache zu einer Anklage eigne, oder ob dieselbe auf sich zu beruhen habe, reicht der Zweck der englischen Voruntersuchung nicht, und diese bedarf um so weniger weitläufiger Inquisitionen, als erst noch die große Jury, vor welcher der Denunciant als Kläger auftritt, zu beurtheilen hat, ob die erhobene Anklage gehörig begründet sey. Daher zeichnet sich die Voruntersuchung in England durch eine — im Verhältniß zum deutschen und zum französischen Recht — ungewöhnliche Kürze aus, wodurch von vorn herein allen inquisitorischen Tendenzen, d. h. dem Bestreben ein Bekenntniß zu erwirken, wirksam vorgebeugt wird. Ueber die Dauer der Voruntersuchung, bemerkt Rüttimann a. a. O., ist zwar gesetzlich nichts vorgeschrieben, allein selten werden mehr als 8—10 Tage darauf verwendet, und früher galten schon drei Tage als genügend. Unnöthige

Verzögerungen von Seiten der Beamten haben eine bedeutende Strafe zu gewärtigen.

So kurz die Voruntersuchung ist, so zeichnet sie sich zugleich durch die günstige Stellung des Beschuldigten, und durch Beseitigung aller Heimlichkeit des Verfahrens aus. Die Abhörung des Beschuldigten geschieht in der Weise, daß der Friedensrichter, nachdem er die Zeugen in Gegenwart desselben abgehört und beeidigt hat, ihm die Aussagen derselben zur Erklärung vorhält, und sonstige geeignete Fragen an ihn stellt, nicht um ihn dadurch zu einem Bekenntniß zu veranlassen, sondern umgekehrt um ihm Gelegenheit zu geben, sich gegen die erhobenen Anschuldigungen zu rechtfertigen. Daher steht es ihm frei, jede Antwort auf die gestatteten Fragen zu verweigern, wodurch er freilich seine Lage nicht verbessert, sondern umgekehrt verschlimmert. Aber hat er einmal erklärt: I decline an answer, so darf er nicht weiter gefragt werden. Ferner hat er das Recht, die Anschuldigungszeugen in seinem Interesse über einzelne Punkte zu befragen, und darf sich in der Regel schon hier eines Rechtsbeistandes bedienen. Dieser Rechtsbeistand ist zwar kein Advocat, sondern nur ein Attorney, d. h. ähnlich dem französischen avoué[3]), eine Mittelsperson zwischen dem Advocaten und der Partei; aber dies ändert an der Sache nichts. Genug daß der Rechtsbeistand mit einem Schreiber den Verhafteten an jedem Tage und zu jeder Stunde frei besuchen darf, und eben so frei, d. h. ohne Beaufsichtigung des Gefängnißaufsehers, der schriftliche Verkehr zwischen dem Verhafteten und seinem Rechtsbeistande gestattet ist. Dies und noch weiteres bestimmt die von Mittermaier a. a. O. mitgetheilte Verordnung vom 24. Septb. 1847 „über die Behandlung der Unter-

---

3) Frey in Jagemann's Gerichtssaal Th. 1. Abth. 1. S. 41 fg.

suchungsgefangenen", welche um des späteren Gegensatzes der französischen Gesetze willen, hier eine kurze Wiederholung verdient.

Nach diesem Gesetz darf der Verhaftete „an jedem Wochentage zwischen 11—12 Uhr ohne besondere Erlaubniß seine Verwandten und Freunde sehen; soll es zu einer andern Zeit geschehen, so bedarf es dazu einer schriftlichen Erlaubniß. Dagegen darf er von seinem Rechtsfreunde und dessen Schreiber zu jeder Zeit Besuche empfangen. Brieflicher Verkehr ist dem Gefangenen zwar auch gestattet; allein die Briefe, die er schreibt oder empfängt, müssen erst von dem Gefängnißvorstande geprüft werden. Ausgenommen von dieser Controle sind indeß vertrauliche schriftliche Mittheilungen an seinen Rechtsfreund oder dessen Schreiber, welche diesen persönlich mitgetheilt werden. Wer sich aber für den Schreiber oder Bevollmächtigten des Vertheidigers ausgiebt, muß genügende Nachweisung liefern, daß er diese Eigenschaft habe." Eine solche Behandlung der Untersuchungsgefangenen setzt freilich voraus, daß dem Strafverfahren alle inquisitorischen Tendenzen fremd sind, und verbindet damit weiter, daß der Verhaftete nicht nur einen besonderen gesetzlichen Schutz [4]) gegen willkürliche Verhaftungen oder Verlängerungen derselben genießt, sondern auch unbedingt das Recht hat, gegen Bürgschaftsleistung von der verhängten Haft befreiet zu werden (nur daß bei schweren Verbrechen nicht der Friedensrichter dazu autorisirt ist, sondern es dann eines Befehls des obersten Gerichtshofs bedarf): so ist damit einerseits das Interesse des Staats an der Sicherung des Zwecks der Untersuchung, anderseits der Schutz der bürgerlichen Freiheit, bevor dieselbe durch

4) Durch die bekannte Habeas Corpus Acte.

Urtheil und Recht (zur Strafe) verwirkt ist, vollkommen ausgeglichen. Hiezu kommt noch, daß die Voruntersuchung regelmäßig öffentlich ist, es möchte denn in bestimmten Fällen eine Ausschließung des Publicums angeordnet werden.

Wir fassen dies Alles in folgende kurze Sätze zusammen: Die Abhörung des Beschuldigten in der Voruntersuchung hat keinen andern Zweck, als ihm Gelegenheit zu seiner Rechtfertigung zu geben; er kann daher ganz oder theilweise die Antwort verweigern. Die Zeugen werden in seiner Gegenwart vernommen, und es steht ihm frei, einzelne Fragen an dieselben zu richten. Er darf sich eines Rechtsbeistandes bedienen, welcher freien Zutritt zu ihm in der Haft hat, und mit dem er eben so frei schriftlich communiciren kann. Täglich darf er Besuch von Verwandten und Freunden empfangen, ist gegen willkürliche Verhaftung geschützt, und kann durch Cautionsbestellung wieder auf freien Fuß gestellt werden. Endlich ist die Voruntersuchung öffentlich, und in der Regel von sehr kurzer Dauer.

Ganz das entgegengesetzte Bild bietet die französische Voruntersuchung dar, welche durch ihre längere Dauer, durch die hermetische Absperrung des Beschuldigten von der Außenwelt, die Abhörung der Zeugen hinter seinem Rücken, die Verweigerung eines Rechtsbeistandes, die Beschränkung der Caution, die inquisitorische Form der Verhöre, und die Heimlichkeit des Verfahrens nur zu sehr an den deutschen Inquisitionsproceß erinnert.

Betrachten wir zunächst die Dauer der französischen Voruntersuchungen, so ist diese natürlich verschieden, je nachdem es sich von Verbrechen (crimes) oder nur von Vergehen (délits) handelt, über welche letztere auch ohne alle Voruntersuchung durch unmittelbare Vorladung der

Staatsbehörde [5]) oder der Civilpartei entschieden werden kann. Die französischen Proceßtabellen, die aber nicht von dem Tage der Anzeige, sondern der verübten That zu rechnen pflegen, ergeben als Dauer der Voruntersuchung einen Monat bis zu 5 oder 6 Monaten, und selbst darüber hinaus, wie z. B. der im vorigen Jahre über die Junigefangenen zu Bourges entschiedene Proceß eine achtmonatliche Untersuchung erforderte, während der englische Riesenproceß über O'Connel seiner Zeit in drei Monaten vollständig beendigt war [6]). Diese längere Dauer der französischen Voruntersuchung hat ihren Grund theils in inquisitorischen Tendenzen, theils darin, daß, während nach englischem Recht nur Ein Magistrat (der Friedens- oder Polizeirichter) sich mit der Voruntersuchung befaßt, es hiezu nach französischem Recht eines Zusammenwirkens mehrerer Behörden bedarf, und eine weitere Verzögerung wird noch dadurch bewirkt, daß zwei Behörden über das Ergebniß der Voruntersuchung zu entscheiden haben, nämlich die Raths- und die Anklagekammer. Denn um so später gelangt die Sache an die Jury, und wenn der Verhaftete freigesprochen wird, so erlangt er um so später seine Freiheit wieder.

Nach dem verwickelten Systeme des französischen Rechts sind in der Voruntersuchung und für dieselbe nicht weniger als drei Behörden thätig, nämlich die Staatsbehörde (der Staatsprocurator), der Untersuchungsrichter (juge d'instruction), und das Bezirksgericht (das Tribunal erster Instanz), oder wie man es auch — im Gegensatze das Appellationsgericht — nennen kann, das Kreisgericht. Diese verschiedenen Behörden

5) welche dafür die Sache um so länger in ihrer Hand behalten kann, um gehörig gerüstet zu seyn.

6) Mittermaier a. a. O. S. 611. Braun, Hauptstücke des öffentlich mündl. Verfahrens, Leipzig 1845. S. 31.

stehen in folgendem ziemlich complicirten Verhältnisse zu einander.

Von der Staatsbehörde (§. 3) geht zunächst in allen von Amts wegen strafbaren Handlungen die Aufforderung zur Untersuchung aus. Ohne sie darf ferner der Instructionsrichter gewisse processualische Handlungen, z. B. Haussuchungen und (förmliche) Verhaftungen nicht vornehmen. Sie vollzieht ferner die Beschlüsse des Instructionsrichters. Endlich hat sie das Recht, im Laufe der Untersuchung weitere Anträge zu stellen, und wenn sie damit abgewiesen wird, Opposition bei dem Bezirksgericht einzulegen. Hiernach ist der Instructionsrichter durch die Befugnisse der Staatsbehörde mannigfach beschränkt [7]), und muß selbst da, wo er unaufgefordert von ihr einschreitet (nämlich bei délits flagrants), die Ergebnisse der amtlichen Einschreitung der Staatsbehörde mittheilen, damit diese bestimme, ob eine Untersuchung einzuleiten sey oder nicht. Außerdem hat der Instructionsrichter wöchentlich Bericht an das Bezirksgericht über alle anhängigen Untersuchungen zu erstatten, wodurch diese Behörde in den Stand gesetzt wird, nach Umständen eine ordonnance de non lieu zu erlassen, d. h. die Abbrechung der Untersuchung zu verfügen. Eben diese Behörde entscheidet über den von der Staatsbehörde eingelegten Einspruch (opposition), so wie über Beschwerden des Beschuldigten gegen den Instructionsrichter, übt mithin außer und neben der Staatsbehörde eine Aufsicht über anhängige Untersuchungen aus. Daß dieser Gang des Verfahrens von Einfluß auf die Dauer der Voruntersuchung seyn muß, ist einleuchtend, und zugleich hat der Beschuldigte hier eine schwierigere Stellung als nach englischem Rechte und selbst nach dem deutschen Inquisitionsproceß, indem die Staats-

7) Ausführlicher bei Daniels a. a. O. S. 89.

behörde und der Instructionsrichter gemeinschaftlich gegen ihn agiren, es aber schwerer hält, dem vereinten Angriffe zweier Behörden als Einer zu widerstehen.

So weit übrigens der Instructionsrichter nicht durch die Befugnisse der Staatsbehörde beschränkt ist, schreitet er nach geschehener Aufforderung derselben zur Untersuchung, eben so selbstthätig und selbstständig wie der deutsche Untersuchungsrichter ein, indem er alle zur Aufklärung der Sache dienlichen legalen Mittel in Anwendung bringt, von welchen er entweder aus den Verhandlungen oder sonst auf anderem Wege Kenntniß erlangt hat. Was insbesondere die Vernehmungen des Verdächtigen betrifft, so sollten diese im Geiste des Anklageprocesses durch offenen Vorhalt der Verdachtsgründe geschehen; allein in Frankreich hat die Praxis den entgegengesetzten Weg eingeschlagen. Die französische Proceßordnung enthält nämlich nur dürftige Bestimmungen über die Einrichtung und den Zweck der mit dem Verdächtigen in der Voruntersuchung zu haltenden Verhöre, und wenn sie gleich kein Bekenntniß desselben verlangt, so untersagt sie doch auch dem Richter ein darauf gerichtetes Streben nicht. Verbindet man damit weiter, daß die Geschwornen auch auf außergerichtliche Bekenntnisse Werth zu legen pflegen, und zugleich das Bekenntniß ein dienliches Mittel ist, um etwanige Mitschuldige zu erfahren: so liegen darin für den französischen Instructionsrichter Veranlassung und Anreiz genug zu inquisitorischen Tendenzen, welche bei der englischen Voruntersuchung unmöglich sind. Zwar stehen ihm zu diesem Behuf gesetzlich keine Ungehorsamsstrafen und Zwangsmaßregeln, wie dem deutschen Inquirenten, zu Gebote. Dagegen wird er in diesem Streben durch manches andere unterstützt, namentlich durch die längere Dauer der Untersuchung und die damit in Verbindung stehende Verlängerung der Haft, wogegen dem Verhafteten nicht ein-

mal ein gesetzliches Schutzmittel zusteht; insbesondere durch hermetische Absperrung desselben von der Außenwelt, die Vernehmung der Zeugen hinter seinem Rücken, die Heimlichkeit des Verfahrens, und was sonst immer dem deutschen Inquirenten dazu dient, um den Beschuldigten zuletzt „mürbe zu machen". Zwar könnte und sollte das Bezirksgericht, da es wöchentlich über die anhängigen Untersuchungen Bericht erhält, im Interesse der Verhafteten von Amts wegen für die Abkürzung der Voruntersuchung sorgen; allein was von einer solchen papiernen Oberaufsicht zu halten sey, weiß man in Frankreich so gut wie in Deutschland, daher der französische Instructionsrichter und die Staatsbehörde die Sache so lange in Händen behalten und fortleiten, als es ihnen zur gehörigen Aufklärung der Sache nöthig oder dienlich scheint, und ohne Sorge abwarten können, daß ihnen bei der öffentlichen Verhandlung Gesetzwidrigkeiten vorgeworfen und nachgewiesen werden. Denn dazu müßte erst das Gesetz dem Richter bindende Vorschriften geben, oder doch gewisse Richtungen und Tendenzen desselben mißbilligen, was die französische Gesetzgebung nicht thut [8]). Erwägt man, daß selbst der Assisenpräsident und der Generalprocurator in dem Hauptverfahren ganz offen solche inquisitorische Tendenzen verfolgen, so darf man sich nicht wundern, daß die Instructionsrichter sich dies zum Vorbilde für eine geheime Inquisition nehmen. Denn sie leisten dem Staatsanwalt immerhin einen Dienst, wenn sie den Beschuldigten zu einem außergerichtlichen [9]) Bekenntnisse

8) Dagegen bestimmt z. B. das württemb. Schwurgerichtsgesetz vom 14. Aug. 1849 Art. 5. ausdrücklich, daß in der Voruntersuchung die bisherigen inquisitorischen Tendenzen aufgehoben seyn sollen. Dann bedarf es aber auch keiner Lügenstrafen, Ungehorsamsstrafen, Zwangsmittel ꝛc. mehr, welche daher für Jurysachen aufgehoben sind — im Uebrigen aber noch fortbestehen.

9) weil nur in der Voruntersuchung abgelegten

veranlassen, weil dasselbe zur Begründung der Anklage dienen kann, und indem es solchergestalt in den Bereich der öffentlichen Verhandlung hineingezogen wird, auf das Verdict der Jury von Einfluß werden kann [10]).

Sehr hart sind dann aber die Bestimmungen des französischen Rechts über Verhaftungen und deren Abwendung durch Sicherheitsleistung. Wer eines Verbrechens (crime) angeschuldigt ist, wird zu keiner Caution zugelassen, und für die übrigen Fälle (délits) ist das Minimum sehr hoch gegriffen (500 Frk.). Außerdem muß nicht nur die Staatsbehörde, sondern auch die Civilpartei, wenn eine solche aufgetreten ist, über das Gesuch des Verhafteten gehört werden [11]). Endlich ist die Sicherheitssumme schon dadurch verwirkt, daß der Beschuldigte der Aufforderung vor Gericht zu erscheinen, keine Folge leistet, also einfach ungehorsam ist. Doch wird die verfallene Summe dann zur Bestreitung der Kosten und Entschädigungen, und zur Abtragung der verwirkten Geldstrafe verwendet, und was noch übrig bleibt, restituirt [12]).

Daß diese Bestimmungen für inquisitorische Tendenzen berechnet sind, ist einleuchtend. Denn bei einem Beschuldigten, welcher auf freiem Fuße sich befindet, werden dieselben vergebens angewendet, ja in der Regel nicht einmal versucht. Der Richter muß den Beschuldigten in seiner Gewalt haben, wenn er ihn mit Erfolg für inquisitorische Zwecke soll bearbeiten können. Dazu dient auch ein von der französischen Praxis gedulde-

10) Mittermaier a. a. O. S. 623. Dernburg über den Werth der Schwurgerichte S. 27 fg. S. 37 fg.

11) In England bedarf es dieser Weitläuftigkeiten, welche nur Zögerungen in ihrem Gefolge haben, nicht.

12) Daniels a. a. O. S. 127—129.

tes sehr bedenkliches Mittel, nämlich das mettre en sécret während der Voruntersuchung, welches Berenger [13]) mit den schwärzesten Farben schildert. Er nennt es un nouveau genre de torture, auquel le plus ferme courage ne peut résister long temps, und belegt dieses Urtheil mit Thatsachen. Mögen auch jetzt so schreiende Mißbräuche nicht vorkommen, so steht es immer doch schlimm genug um diese Einrichtung.

Aber nicht nur dies Alles — die Heimlichkeit des Verfahrens — die Abhörung der Zeugen hinter dem Rücken des Beschuldigten und ohne die Gegenwart des Anklägers — die Entziehung eines Vertheidigers in der Voruntersuchung — die Art der Vernehmung des Beschuldigten, welche in ein förmliches Inquiriren über die einzelnen Verdachtsgründe, mit der Verpflichtung Rede und Antwort darüber zu stehen, ausartet — die völlige Abschließung des Verhafteten von der Außenwelt, wodurch derselbe ganz der Gewalt des Untersuchungsrichters und der Staatsbehörde unterworfen wird — die Ausschließung beziehungsweise Erschwerung der Cautionsbestellung —: nicht nur dies Alles erscheint als ein Ausfluß des Inquisitionsprinzips, indem es vernünftigerweise keinen andern Zweck haben kann, als den Beschuldigten zu einem Bekenntniß zu bringen, oder doch neue Verdachtsgründe aus seinen Aeußerungen oder Verstummen gegen ihn zu sammeln; sondern die ganze Einrichtung des *ministère public* ist in so bedeutender Weise für inquisitorische Zwecke berechnet, daß Brauer [14]) nicht zu viel behauptet, wenn er sagt: die ganze französische Voruntersuchung sey nichts als ein bedenklicher Ueberrest des inquisitorischen

13) de la justice criminelle en France p. 389 sq. Vgl. auch Mittermaier Strafverfahren §. 33. Not. 21—23, §. 100. Not. 28.

14) in Jagemann's Gerichtssaal Th. 1. S. 325.

Prinzips, welche das Gesetz nur durch den Prachtbau der öffentlichen Schlußverhandlung zu verdecken suche, während vielmehr die Aufgabe der Voruntersuchung sey, im Geiste des englischen Verfahrens die Rechte und die Gewalt des öffentlichen Anklägers gegen die des Angeklagten gehörig auszugleichen, und alle Heimlichkeit des Verfahrens, welche nur für die Erpressung eines Bekenntnisses einen ostensibeln Zweck haben kann, zu verbannen.

Das inquisitorische Prinzip findet in der That in der der Staatsbehörde und dem Instructionsrichter in der Voruntersuchung, und schon vor derselben eingeräumten außerordentlichen Gewalt eine solche Stütze, daß dadurch die natürliche Scheu der Engländer vor der öffentlichen Anklageschaft [15], ungeachtet der offen eingestandenen Mängel der bei ihnen bestehenden Privatanklageschaft, vollkommen gerechtfertigt wird.

Zunächst tritt vermöge der Organisation des ministère public (§. 3), welches von Amts wegen Verbrechen verfolgt, das inquisitorische Element in Frankreich weit wirksamer, kräftiger, gegliederter und zusammenhängender als selbst in dem deutschen Inquisitionsprocesse hervor. Der Staatsanwalt ist der Mittelpunkt der gerichtlichen Polizei, und zu diesem Behuf mit einer großen Zahl von Hülfsbeamten umgeben. Er übt in Betreff der Einleitung des Verfahrens die gleichen Rechte und Pflichten, wie der deutsche Untersuchungsrichter aus, indem er die Spuren des Verbrechens verfolgt und Beweise gegen den

15) wenigstens im Sinne des französischen Rechts, welches indeß einer vernünftigen Reform wohl fähig ist. An beachtungswerthen Vorschlägen fehlt es in dieser Beziehung nicht. Je democratischer aber das Wahlgesetz der Geschwornen ist, um so bedenklicher sind diese Reformen. Will man diesen Democratismus, so muß man sich auch alle schlimmen Zuthaten des *französischen Rechts* gefallen lassen.

Thäter sammelt, zu diesem Behuf Anzeigen an- und zu Protocoll nimmt, ja in Zuchtpolizei- und Polizeisachen, so oft er eine Voruntersuchung für entbehrlich hält[16]), die ganze Instruction in seiner Hand behält! Er ist ferner bei délits flagrants und cas assimilés au flagrant délit (Code d'instr. Art. 41, 106) wahrer Untersuchungsrichter, nur unter einem andern Namen, indem er sich an Ort und Stelle begiebt, Haussuchungen vornimmt, Papiere mit Beschlag belegt, den Verdächtigen festnimmt und verhört, kurz zur Herstellung des Verbrechens eine volle Untersuchung führt, und dann freilich die Sache an den Instructionsrichter abzugeben hat; wie umgekehrt dieser bei délits flagrants und cas assimilés von Amts wegen, d. h. ohne Aufforderung der Staatsbehörde, einschreiten darf, und dann eine Anzeige davon dem Staatsprocurator zu machen, und dessen Anträge abzuwarten hat. Allein dies ändert an der Sache nichts; denn von beiden Seiten ist der Uebergriff einmal geschehen. Eine solche Vermengung einerseits des Anklägers, also der Partei, mit dem Richter, und anderseits des Richters, der doch keine Partei, sondern nur Instruent seyn soll, mit dem Ankläger ist nicht anders zu erklären, als daß es dem französischen Gesetzgeber mehr um ein kräftiges inquisitorisches Eingreifen, als um eine consequente Durchführung des Anklageprinzips zu thun ist. Ja es wird diese Vermengung der Rollen nicht einmal durch dringende Eile gerechtfertigt, weil beide, der Staatsprocurator und der Instructionsrichter, sich an dem Sitze des nämlichen Gerichts befinden[17]). Aber auch darin liegt eine Verletzung des Anklageprinzips, daß der Staats-

---

16) mithin, nachdem er die nöthigen Beweise gesammelt hat, direct den Angeklagten vor Gericht ladet. Jagemann's Gerichtssaal Th. 1. Abth. 1. S. 508.

17) Brauer a. a. O. S. 336.

anwalt, statt nur als Partei dem Instructionsrichter gegenüber zu stehen, ihm zugleich als eine gerichtliche Macht gegenübersteht, indem die Instructionsrichter quant aux fonctions de police judiciaire, d. h. hinsichtlich ihrer Amtsverrichtungen der gerichtlichen Polizei[18]), unter der Aufsicht des Generalstaatsprocurators stehen (Art. 57), statt unter den des vorgesetzten Obergerichts gestellt zu seyn, indem nach französischem Rechte der Instructionsrichter als solcher, gleich den Hülfsbeamten des Staatsprocurators, nur zu den Beamten der gerichtlichen Polizei (Criminalpolizei) gehört, weil nur das Rechtsprechen (Urtheilen) als Sache der Gerichte betrachtet wird, und in Folge davon auch die vollziehende Gewalt sowohl während der Voruntersuchung[19]) als nach gefälltem Strafurtheil in die Hand der Staatsbehörde gelegt ist (§. 3). In sofern kommt dieser Behörde eine Gewalt zu, welche nicht nur weit über die einer Partei (eines öffentlichen Anklägers) hinausreicht, und dadurch die Gleichheit des Parteiverhältnisses schwer beeinträchtigt, sondern selbst auf Kosten der, dadurch in ihren natürlichen Rechten verkürzten Gerichte ungebührlich ausgedehnt ist. Und diese außerordentlichen Rechte sind obendrein in die Hand einer Behörde gelegt, welche von der Regierung und deren Instructionen abhängig und willkürlich entlaßbar ist. Mit Recht dringt daher auch Lippert[20]) vom Standpunkte des Anklageprinzips darauf, daß von den Functionen des Staatsanwalts Alles ausgeschieden werde, was nicht streng

18) also im Gegensatz ihrer richterlichen Function, namentlich als Referenten und Votanten in der Rathskammer — was wiederum an den deutschen Inquisitionsproceß in Untergerichtssachen erinnert, wo der Inquirent die Hauptperson des Spruchgerichts ist.

19) Denn auch der Instructionsrichter kann nach dem Obigen nur beschließen.

20) in Jagemann's Gerichtssaal Th. 1. Abth. 2. S. 71.

aus dem Character desselben als einer Partei folge, und der Gleichberechtigung der Parteien widerstreite, namentlich daß der Staatsanwalt nicht vollziehende Behörde, daß er unabsetzbar, und nicht eine bloße Maschine in der Hand der Regierung sey. Ob man dies in Deutschland beachten werde, steht dahin. Denn so lange noch die Wahlgesetze der Geschwornen einen so vorherrschend democratischen Character wie gegenwärtig haben, können die Regierungen mit gutem Gewissen zu einer Purification des französischen Rechts in dieser, und in vielen andern Richtungen unmöglich die Hand bieten. Aber welchen Anklageproceß haben wir nach diesem Vorbilde des französischen Rechts gewonnen, in Vergleichung mit der vollen und consequenten Durchführung des englischen Privatanklageprocesses, welcher seinen Character auch da, wo ausnahmsweise ein öffentlicher Ankläger auftritt (§. 1), nicht verläugnet! Dieser hält sich von inquisitorischen Tendenzen so fern, erkennt die Gleichberechtigung der Parteien schon in der Voruntersuchung so vollständig an, und sorgt dadurch und in anderer Weise so genügend für die Vertheidigung des Beschuldigten, daß es eine ganz überflüssige Aufgabe des Friedens- oder Polizeirichters wäre, amtlich für die s. g. materielle Defension des Beschuldigten zu sorgen. Der deutsche Inquisitionsproceß dagegen mußte dies dem Untersuchungsrichter zur besonderen Pflicht machen, weil der Angeschuldigte ganz schutzlos und verlassen wäre, wenn sich nicht der Inquirent selbst seiner annähme: und aus dem gleichen Grunde gilt dies vom französischen Strafproceß, wo der Staatsprocurator und der Instructionsrichter zugleich amtliche Vertheidiger des Beschuldigten sind und seyn müssen [21]). Man mag darin sehr humane Ideen finden.

---

21) Jagemann's Gerichtssaal Th. 1. Abth. 1. S. 193. Möhl in Jagemann's Zeitschr. fur Strafproceß, Jahrg. 1844. S. 236.

Ist denn aber das englische Vorverfahren bei aller seiner Consequenz inhuman?

Nach Beendigung der Voruntersuchung [22]) wird nicht nur eine abermalige Verzögerung dadurch herbeigeführt, daß statt Einer Anklagejury (wie in England) immer zwei Behörden, nämlich die Raths- und die Anklagekammer zu beschließen haben, wenn das untersuchte Verbrechen vor die Jury gebracht werden soll; sondern diese Verzögerung steigert sich noch dadurch, daß der Code der Anklagekammer (warum nicht auch der Rathskammer?) die Befugniß einräumt, von Amts wegen Vervollständigungen der Voruntersuchung anzuordnen, und damit eines ihrer Mitglieder zu beauftragen (Art. 228, 235—37). So kommt zu dem ersten Instructionsrichter jetzt ein zweiter, und in der instruction intermédiaire gar noch ein dritter Instructionsrichter auf! So wenig dies zu der Anklageform paßt, so nimmt man doch in Frankreich keinen Anstoß daran, weil man schon mit der äußeren Form der Anklage ohne die innere (substanzielle) zufrieden ist.

In die Zwischeninstruction (instruction intermédiaire), welche das dritte Stadium des Processes bildet, gehören diejenigen processualischen Handlungen, welche in die Zeit nach dem Verweisungsdecrete bis zur Eröffnung der Jury fallen, was die deutschen Schwurgerichtsgesetze die „Vorbereitung der öffentlichen Verhandlung" nennen.

---

22) Diese bildet das erste Stadium des französischen Processes. Während aber der Inquisitionsproceß dann sofort zum Hauptverfahren (Spezialuntersuchung) übergeht, liegen hier zwischen dem Vor- und dem Hauptverfahren noch zwei Stadien des Processes in der Mitte, nämlich das Verfahren vor der Raths- und der Anklagekammer, und die in der französischen Doctrin s. g. Zwischeninstruction. Somit ergeben sich vier Stadien des Processes, und in allen diesen Stadien tritt das inquisitorische Element mehr oder minder ausgeprägt hervor.

Dazu gehört: 1) die Zustellung des Verweisungsdecrets und der Anklageacte an den Angeklagten; 2) die Ablieferung desselben in das Criminalgefängniß am Sitze des Assisenhofs; 3) die Beförderung der schriftlichen Verhandlungen und Ueberführungsstücke an die Gerichtscanzlei des Assisenhofs, was Alles auf Betrieb des Generalprocurators geschieht, während die nachfolgenden Handlungen zur Befugniß des Assisenpräsidenten gehören, mithin gerichtliche Handlungen sind, nämlich: 4) die Vernehmung des Angeklagten binnen 24 Stunden nach seiner Ankunft im Criminalgefängniß, bei welcher Gelegenheit derselbe 5) zur Wahl eines Vertheidigers [23]) aufzufordern ist (wählt er nicht, so wird ein solcher von Amts wegen bestellt), und über das ihm wegen etwaniger Nichtigkeitsgründe gegen das Verweisungserkenntniß zustehende Rechtsmittel zu belehren ist; 6) Vervollständigung der Voruntersuchung, wenn es der Assisenpräsident zur Aufklärung der Sache für nöthig hält; und 7) Mittheilung der Dienstliste der Geschwornen, aber nicht früher als einen Tag vor der Bildung des Schwurgerichts (der Spruchliste), an den Angeklagten.

Von diesen Handlungen sind für den vorliegenden Zweck nur die Vernehmung des Angeklagten, und die Vervollständigung der Voruntersuchung durch den Assisenpräsidenten oder durch ein von ihm ernanntes Gerichtsmitglied, oder wenn Zeugen außerhalb des Sitzes des Assisenhofs zu vernehmen sind, durch den dortigen, oder durch einen andern Instructionsrichter (Art. 303), von Interesse. Hierüber hat sich kürzlich Mittermaier [24]) in

---

23) Dieser wird dann, d. h. nach beendigter Vernehmung zuerst zu dem Angeklagten zugelassen, darf Acteninspection vornehmen, Abschrift vor den Verhandlungen nehmen ꝛc.

24) in Jagemann's Gerichtssaal Th. 1. Abth. 1. S. 391 fg.

einem interessanten Aufsatze verbreitet, worin er auf der einen Seite es tadelt, daß in der französischen Praxis die Vernehmung des Angeklagten durch den Assisenpräsidenten zu einer leeren Förmlichkeit herabgesunken sey (was z. B. auch Dernburg [25]) und Daniels [26]) tadeln), auf der andern Seite aber es billigt, daß die französische Praxis, ungeachtet der Art. 303 des Code nur von der Abhörung neuer Zeugen (nouveaux témoins) rede [27]), dem Assisenpräsidenten volle Freiheit gewähre, jede ihm nothwendig oder zweckmäßig scheinende Vervollständigung der Voruntersuchung vorzunehmen, sey es durch nochmalige Abhörung eines Zeugen oder Sachverständigen, oder durch Einnahme eines neuen Augenscheins rc. Wenn dagegen bei dem mit dem Angeklagten abzuhaltenden Verhöre im Criminalgefängniß der Assisenpräsident sich auf die nichtssagende Frage zu beschränken pflege: ob der Angeklagte auf seinen Aussagen beharre rc., so verkenne man, daß schon die Kenntniß der Persönlichkeit des Angeklagten eine zweckmäßige Vorbereitung zur Leitung der öffentlichen Verhandlung sey [28]), und daß durch diese Vernehmung zugleich dem Angeklagten Gelegenheit zu seiner weiteren Vertheidigung gegeben werden solle [29]). Was den zweiten Punkt betreffe, so könne sich die Vervollständigung der

---

25) Ueber den Werth und die Bedeutung der Schwurgerichte S. 33. Dieser bemerkt, daß das Interrogatorium zu einer Art Reconnaissevisite herabgekommen sey, und die gedruckten Protocolle die stehende Formel enthalten: der Angeklagte vom Präsidenten befragt, erklärte, sich auf seine in den Acten enthaltenen Interrogatorien zu beziehen.

26) a. a. O. S. 171.

27) Eben so z. B. das württemb. Schwurgerichtsgesetz Art. 101.

28) Hätte der Code darauf ein Gewicht gelegt, so würde er dem Assisenpräsidenten keine Stellvertretung gestattet haben.

29) Sollte es nicht auch in dieser Beziehung an der freien Besprechung mit dem Defensor genügen?

Voruntersuchung nicht blos auf den Fall beschränken, daß inzwischen die Staatsbehörde neue Beweise der Schuld, beziehungsweise der Angeklagte neue Vertheidigungsmittel aufgefunden habe, sondern der Assisenpräsident müsse, wenn er die öffentliche Verhandlung gehörig leiten solle, ein klares Bild von der ganzen Sachlage haben, daher das Recht haben, schlechthin alle ihm zweckmäßig scheinenden Vervollständigungen anzuordnen, was er am besten selbst thue, weil er mit dem Inhalte der Voruntersuchung besser bekannt sey als ein Stellvertreter, dem er diese Instruction überlasse.

Man sieht, Mittermaier sucht dies nur aus formellen Gründen, und zwar dadurch zu rechtfertigen, weil sonst der Assisenpräsident der ihm obliegenden schwierigen Aufgabe der Leitung der öffentlichen Verhandlungen nicht nachkommen könnte. Allein in der Sache steht er ganz auf dem Boden des Inquisitionsprocesses, indem die ihm zu Ermittelung der Wahrheit eingeräumte discretionäre Gewalt schon hier ihren Anfang nimmt. Je mehr aber durch wiederholte amtliche Vervollständigungen die schriftliche Voruntersuchung anwächst, um so mehr sinkt dadurch die öffentliche Verhandlung zu einem feierlichen Schlußverfahren, zu einer bloßen Reconstruction der schriftlichen Verhandlungen herab, was sie doch nicht seyn soll. Insbesondere erwäge man, wie viele Untersuchungsrichter, nur unter verschiedenem Namen, successiv in derselben Sache thätig seyn können, ehe dieselbe zur Verhandlung vor die Jury kommt, und frage sich, ob dies mit dem Prinzipe der Anklageschaft zusammenstimme? Am anstößigsten tritt dies bei den, obendrein sehr ausgedehnten délits flagrants hervor. Erster Untersuchungsrichter ist hier (wenn er dem Instructionsrichter zuvorkommt) der Staatsanwalt; zweiter der Instructionsrichter, auf welchen die Sache dann übergeht; dritter

die Anklagekammer, wenn sie eine Ergänzung der Acten beschließt und solche durch eines ihrer Mitglieder vornehmen läßt; vierter endlich der Assisenpräsident, wenn dieser nach dem Verweisungsdecret eine abermalige Vervollständigung der Voruntersuchung, sey es durch theilweise Reassumirung derselben, oder durch Aufnahme neuer Beweise für nöthig hält, wobei es sich dann leicht treffen kann, daß die Anklageacte nicht mehr zu dem jetzigen Ergebnisse der Untersuchung paßt, dennoch aber nicht zurückgenommen werden darf. Die erste Art der Untersuchung kann man die vorläufige, die zweite die Voruntersuchung, die dritte die Nachuntersuchung, und die vierte die Zwischenuntersuchung nennen, und bei jeder dieser verschiedenen Inquisitionen sind immer andere Personen, bald (nämlich bei den beiden ersten) gerichtlich-polizeiliche, bald (bei den beiden letzten) gerichtliche Beamte thätig. Formell betrachtet kann dies freilich nach französischem Rechte nicht anders seyn, weil mit der Uebergabe der Sache an die Rathskammer die gerichtlich-polizeiliche Function ihr Ende nimmt, also jetzt die gerichtliche beginnt. Daher heißt es im Art. 236 ausdrücklich, daß die von der Anklagekammer beschlossene Ergänzung der Voruntersuchung durch ein Mitglied des Gerichtshofs zu geschehen habe, welches die Amtsverrichtung des Instructionsrichters (als gerichtlich-polizeilichen Beamten) vertrete, d. h. die diesem zustehenden Rechte und Pflichten auszuüben hat. Eben daher kann auch, wenn der Assisenpräsident eine theilweise Reassumirung der Untersuchung oder neue Beweisaufnahmen für nöthig hält, dieser Act nur von ihm selbst ausgehen. Denn weder der Instructionsrichter kann in diesem Stadium des Processes (der instruction intermédiaire) thätig seyn, weil schon ein Verweisungserkenntniß ergangen ist, noch steht der Staatsbehörde das Recht zu, die ihr inzwischen bekannt

gewordenen Beweise [30]) durch den Friedensrichter oder den Instructionsrichter erheben zu lassen, weil sie nur befugt ist, Anträge während der Dauer der Voruntersuchung zu stellen, diese aber längst abgeschlossen ist. In dieser Verlegenheit bleibt Niemand anders als der Assisenpräsident selbst übrig, so wenig auch diese Function zu der Stellung eines vorsitzenden Richters paßt, welcher niemals zugleich Inquirent seyn darf, und dies ist und bleibt der Assisenpräsident auch dann, wenn die Instruction in seinem Auftrage entweder von einem andern Mitgliede des Gerichtshofs, oder wenn die neu aufgefundenen Zeugen außerhalb des Sitzes des Assisenhofs sich befinden, auf seinen Befehl von dem dortigen, oder von einem andern Instructionsrichter vorgenommen wird (Art. 303). Denn ein Untersuchungsrichter, welcher zu seinem Ressort gehörige Handlungen durch einen Andern ausüben läßt, kann dies nur in der Eigenschaft als Untersuchungsrichter thun. An den Assisenpräsidenten muß sich daher auch der Staatsanwalt wenden, wenn er in diesem Stadium des Processes die Aufnahme neu entdeckter Beweise wünscht. Die neu aufgenommenen Protocolle und Verhandlungen sendet hierauf der Präsident verschlossen und versiegelt dem Gerichtsschreiber (greffier) des Assisenhofs zu (Art. 303), nach deren Eröffnung sie Theile der Untersuchungsacten werden, und deshalb dem Staatsanwalt und dem Vertheidiger des Angeklagten mitgetheilt werden müssen. Diesen steht es dann frei, die Ergebnisse der neuen Beweisaufnahme zu benutzen, indem z. B. die Staatsbehörde die vernommenen Zeugen auf die Zeugenliste setzt, oder der Angeklagte Ge-

30) Um solche leichter zu erlangen, bestimmt der Art. 245, daß der Generalprocurator eine Abschrift des Verweisungsdecrets (arrêt de renvoi) dem Maire des Wohnorts des *Angeklagten* und zugleich des Orts der begangenen That zu*zustellen habe*, was ganz zweckmäßig ist.

genbeweiszeugen vorschlägt und diese in seine Liste aufnimmt. Damit sind indeß die schriftlichen Verhandlungen geschlossen, indem der Angeklagte nicht verlangen kann, daß die von ihm vorgeschlagenen Gegenbeweiszeugen zuvor zu Protocoll vernommen werden; weshalb die Abhörung derselben der mündlichen Verhandlung vorbehalten bleibt, sonst würde des schriftlichen Processes, welcher ohnehin schon lang genug gewährt hat, kein Ende seyn! Eben deshalb aber fragt man mit Recht, weshalb nicht schon (wie in England) mit dem Verweisungsurtheil die schriftliche Verhandlung vollständig abgeschlossen, alles Weitere daher dem mündlichen Verfahren vorbehalten werde, zumal da die Ergebnisse der instruction intermédiaire von keinem Einfluß auf das Verweisungsdecret und die Anklageacte sind, d. h. diese danach nicht abgeändert werden dürfen. Sind die Raths- und die Anklagekammer der Ansicht, daß der Fall an sich zum Ressort der Jury gehöre und zugleich genügende Verdachtsgründe gegen die Person des Angeklagten vorliegen, so sollten weitere schriftliche Verhandlungen nicht geduldet werden. Was in der Voruntersuchung nicht gehörig aufgeklärt werden konnte, wird schon in dem mündlichen Verfahren seine volle Aufklärung finden, und dabei bleibt es den Parteien unbenommen, neue Beweise vorzubringen und zu benutzen, sollte auch eine schriftliche Aufnahme derselben nicht möglich gewesen seyn, weil sie erst nach der Anklageacte und deren Mittheilung zur Kenntniß der Parteien gelangten. Die Rücksicht auf die bequemere Leitung der mündlichen Verhandlungen durch den Präsidenten kann dagegen um so weniger in Betracht kommen, als dieselbe nur durch das schwere Opfer, den Assisenpräsidenten zum Inquirenten zu stempeln, erkauft werden kann, und troß der besten Vorbereitung aus den Untersuchungsacten und der gründlichen Vervollständigung derselben die Sache in dem mündlichen Ver-

fahren eine ganz andere Wendung nehmen kann und nimmt, als worauf der Präsident gerüstet war, so daß ihm seine Vorbereitungen zur Leitung der Verhandlungen jetzt nichts mehr nutzen. Man ersieht aber daraus, daß nicht nur die französische Voruntersuchung durchaus inquisitorisch ist, sondern die inquisitorische Richtung, jetzt ohne Mitwirkung des Anklägers, auch in das zweite Stadium des Processes, nämlich die Verhandlungen vor der Raths- und der Anklagekammer, und dann weiter in das dritte Stadium, nämlich die instruction intermédiaire, übergeht, mithin das s. g. Verfahren seine inquisitorische Färbung bis zur Eröffnung der mündlichen Verhandlungen beibehält — um selbst hier noch in gleicher Richtung fortgesetzt zu werden!

(Beschluß im nächsten Hefte.)

Druckfehler

in der Abhandlung von Abegg.

Heft I. S. 57. Z. 6 v. u. statt bewährt l. berührt.
— 70. — 3 v. u. st. unbedingt l. unterliegt.
st. sogar l. siegt —
— „ — 2 v. u. st. worden l. werden.
— 72 — 18 st. nicht l. wohl.
Heft II. — 177. — 15 nach „und nur" ist hinzuzufügen: „bedenken, daß ꝛc."

Gebauersche Buchdruckerei in Halle.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,
F. C. Th. Hepp
in Tübingen,
J. M. F. Birnbaum
in Gießen,
C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,
A. W. Heffter
in Berlin,
H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1850.
Drittes Stück.

Halle,
C. A. Schwetschke und Sohn.
1850.



Inhalt.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1850. Drittes Stück.

XIV.

Die Umgestaltung der neuern Strafgesetzbücher nach den Bedürfnissen der Schwurgerichte,

mit Beziehung

auf die neuesten in Baiern, Hessen, Würtemberg, Oesterreich verkündigten Abänderungen an den Strafgesetzbüchern, sowie die Entwürfe von Strafgesetzbüchern für die freien Städte Norddeutschlands, für Schleswig-Holstein, für Mecklenburg, die neuen Gesetzesentwürfe für England und Belgien und das neue Strafgesetzbuch für die Thüringischen Staaten.

Von
Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. V. im ersten Hefte dieses Jahres.)

Wir haben im ersten Hefte das Bedauern ausgesprochen, daß einige neuere Gesetzgebungen von Ländern, in welchen *Schwurgerichte bestehen*, die Entscheidung darüber, ob

Milderungsgründe in einem Falle vorhanden sind, den Geschwornen entziehen und nur den Assisenrichtern die Entscheidung übertragen. Nur das neue baierische Gesetz über Preßvergehen [1]) überläßt den Geschwornen bei den Anklagen wegen der obengenannten Vergehen den Ausspruch zu thun, daß mildernde Umstände vorhanden seyen, in welchem Falle das Gericht eine mildere Strafe erkennen muß. Dagegen hat das neue belgische Gesetz [2]) dem Assisenhofe das Recht übertragen, wenn er Milderungsgründe vorhanden findet, mit Bezeichnung dieser Gründe die zeitliche Zwangsarbeitshaus- oder die Zuchthausstrafe und zwar die Erste in Zuchthaus oder selbst Gefängniß nicht über 6 Monate, die Zweite im Gefängniß nicht unter 8 Tage zu verwandeln. Der Wunsch eines Mitgliedes der belgischen zweiten Kammer, Hrn. Lelievre, daß allgemein das neue französische System der Milderungsgründe zum Grunde gelegt werden möchte, wurde nicht berücksichtigt. Die neue kaiserl. österreichische Strafprozeßordnung [3]) giebt nur dem Schwurgerichtshofe das Recht in Fällen, in denen nach dem Gesetze die Strafe zwischen 10 und 20 Jahre oder auf Lebenszeit auszumessen ist, wegen vorhandener Milderungsgründe zwar nicht in der Art, aber in der Dauer (nicht unter 3 Jahre) herabzusetzen; in Fällen aber, in welchen das Gesetz die Strafe zwischen 5 und 10 Jahre bestimmt, sowohl in eine gelindere Art zu verändern, als auch in der Dauer, jedoch nicht unter ein Jahr herabzusetzen. So sehr wir die Fortschritte anerkennen, die auch in diesen Vorschriften liegen, obwohl sie von dem Vorwurfe der Halbheit [4]) nicht freizusprechen sind, so gern

1) vom März 1850. §. 54.

2) vom 1. Mai 1849. Art. 3.

3) vom 17. Januar 1850. §. 346.

4) *Man fragt*, warum dies Milderungsrecht den Gerichten nicht *bei lebenslänglichen* Freiheitsstrafen (nach belgischem Gesetze)

wir glauben, daß auch die Gerichte in Fällen, in denen Milderungsgründe vorhanden sind[5]), gewissenhaft von dem ihnen ertheilten Rechte Gebrauch machen werden, so scheint es doch inconsequent zu seyn, wenn man die Befugniß den Geschwornen entziehen will. Mit Recht sagt der als gründlicher Rechtskenner bekannte v. Maurer als Berichterstatter über das Gesetz über Preßvergehen in der baierischen Kammer der Reichsräthe [6]), daß, wenn man überhaupt mildernde Umstände zulassen will, das Urtheil darüber denjenigen Richtern wird übertragen werden müssen, welche über das Factum zu erkennen haben; denn die Frage, ob im einzelnen Falle mildernde Umstände vorhanden sind, ist keine Rechts- sondern Thatfrage. Thut man dies nicht, so setzt man die Geschwornen bei ihrem Wahrspruche in eine dem Ausspruche der Wahrheit nachtheilige Zwangslage, da ein Schuldig auszusprechen, während nach ihrer Ansicht auf schmaler Gränze die Entscheidung über die Frage liegt, ob der Angeklagte überhaupt für schuldig erkannt werden dürfte, wo nur die Aussicht, daß nicht die volle gesetzliche Strafe den Angeklagten treffen werde, die Geschwornen bewegen kann, das Schuldig auszusprechen, und sie bitter getäuscht werden können, wenn dennoch von den Richtern wider Erwarten die volle Strafe erkannt wird. Geht die Gesetzgebung, welche Geschwornengerichte einführt, davon aus, daß

---

und nicht auch bei Todesstrafen (nach belgischem und österreichischem Gesetze) anerkannt wird. Glaubt man, daß bei den dahin gehörigen Verbrechen die Verschuldung weniger so sich gestalten kann, daß die gesetzliche Strafe mit ihr im Mißverhältnisse seyn würde?

5) Wir bitten Alle, die sich mit Gesetzgebungsarbeiten beschäftigen, den Erfahrungen Frankreichs über die Nachtheile der Beschränkung des Milderungsrechts zu beachten. Nypels in der Zeitschrift für ausländisches Recht XXII. S. 392.

6) *Vortrag des Ausschusses vom 3. März 1850. S. 68.*

nicht die Assisenrichter über die Schuldfrage entscheiden sollen, so ist es inconsequent, ihnen das Urtheil über das Daseyn des so verminderten Grades der Schuld zu übertragen, worüber nur diejenigen am besten urtheilen können, welche die Schuld überhaupt zu entscheiden haben.

XI. Ein Hauptpunkt, welcher die Aufmerksamkeit der Gesetzgeber beschäftigen muß, um die Strafgesetze mit den Schwurgerichten in Einklang zu bringen, ist der Charakter der Strafdrohung und die Stellung der Geschwornen und Richter zum Strafgesetze. Man macht besonders geltend [7]), daß auf keinen Fall, da wo Geschworne urtheilen, nebeneinander im Gesetze entehrende und nicht entehrende Strafen gedroht werden dürften, weil da, wo Geschworne einen Angeklagten für schuldig finden, immer der Verlust der Ehre eintreten müsse, und den Richtern nicht überlassen werden könne, darüber zu urtheilen, ob Jemand seine Ehre verlieren soll. Nicht weniger hält man mit der Geschworneneinrichtung die weiten Straträume der Strafausmessung für unverträglich [8]), und hofft, daß die Strafgesetzbücher mehr zu einem einfacheren und bestimmteren Strafsysteme kommen würden, da ohnehin die Strafausmessung inerhalb eines weiten Rahmens selbst bei rechtsgelehrten Richtern nicht viel mehr als Spielerei sey. — Wir würden es sehr bedauern, wenn diese Ansichten einen größeren Einfluß gewinnen würden, als sie verdienen, wenn sie insbesondere zu dem mit Recht von französischen Praktikern getadelten [9]) Systeme zu führen im Stande

---

7) Neue Bemerkungen über den preußischen Entwurf. Leipzig 1848. S. 35.

8) Brauer, in dem Gerichtssaal von v. Jagemann, 1849. II. Bd. S. 331 in Not.

9) In den Motiven zu dem neuen belgischen Gesetzesentwurfe von 1850. S. 16 — 18 ist sehr gut die Mangelhaftigkeit des französischen Systems nachgewiesen.

wären, nach welchem der französische Gesetzgeber die zur Zuständigkeit der Assisenhöfe zugewiesenen Verbrechen (crimes) von den Vergehen (délits) dadurch zu scheiden versuchte, daß die Ersten immer entehrende Strafen nach sich ziehen, und daß man jene eng begränzten Strafräume (nach Maximum und Minimum), wie sie der Code pénal aufstellt, anwendet. Nur dem verderblichen Einflusse der in ihrer Einseitigkeit nie zu billigenden Abschreckungstheorie war die enge Begränzung zugeschrieben, welche die furchtbaren Härten in der Strafanwendung herbeiführte, bei welcher das gesetzliche Minimum häufig im Mißverhältnisse mit der Größe der Verschuldung stand, und die 1832 erfolgte Einführung des Systems der mildernden Umstände das Rettungsmittel war, das vor der Häufigkeit grundloser Wahrsprüche der Nichtschuld bewahrt. Wenn die Gerechtigkeit fordert, daß die Strafe der Größe der Verschuldung anpasse und diese höchst verschiedenartig vorkommen kann, daher dem Richter die Möglichkeit gegeben werden muß [10]), die Strafe nach der Verschuldung auszumessen, so muß der Gesetzgeber entweder in dem Gesetze bei jedem Verbrechen viele Abstufungen machen und jeder derselben entsprechende Strafen drohen, oder er muß, wenn er dem Verbrechen überhaupt oder den einzelnen Hauptabstufungen Strafen nach Maximum und Minimum droht, durch Bezeichnung gewisser Milderungsgründe oder durch den Zusatz, daß bei dem Daseyn mildernder Umstände eine geringere Strafe gedroht wird, den Richtern möglich machen, für die Fälle geringerer Verschuldung

10) Hr. Brauer macht in dem Gerichtssaal a. a. O. S. 530 mit Recht darauf aufmerksam, daß die Voruntersuchung ohne Noth auf so viele Umstände ausgedehnt wird, welche die Strafausmessung bestimmen sollen, während da, wo öffentlich mündliches Verfahren besteht, weit besser durch dies Verfahren alle Momente klar hervorgehoben werden, durch deren Kenntniß die Größe der Verschuldung bemessen werden kann.

auch geringere Strafen auszusprechen, oder er muß allgemeine Milderungsgründe anerkennen oder das französische System von den mildernden Umständen aufnehmen.

Bei der Wahl des einen oder andern Weges treten widerstreitende Rücksichten hervor. Werden keine Abstufungen im Gesetzbuche bei einem Verbrechen gemacht, so werden die Geschwornen in eine peinliche, der Fällung eines gerechten Wahrspruchs ungünstige Lage gesetzt; sie sehen vorher, daß ihr Ausspruch der Schuld des Angeklagten den Richtern eine bedenkliche Macht giebt, und ihnen die Möglichkeit einräumt, eine sehr hohe Strafe auszusprechen, indem das Gericht einen hohen Grad der Schuld annimmt, während die Geschwornen in Fällen, in welchen ohnehin viel Streit unter ihnen war, ob überhaupt die Schuld angenommen werden durfte, das Schuldig nicht ausgesprochen haben würden, wenn sie das ergangene Strafurtheil als Folge ihres Wahrspruchs vorher gewußt hätten. Die Geschwornen werden dadurch leicht in ein nachtheiliges Verhältniß des Mißtrauens gegen die Richter gesetzt, weil sie die übergroße Strenge der Richter fürchten, und werden dadurch oft zu Wahrsprüchen der Nichtschuld gebracht, während sie bei einer anderen Fassung des Gesetzes das Schuldig ausgesprochen haben würden. Ohnehin werden die Richter, wenn das Gesetz keine Abstufungen aufstellt und weite Strafräume setzt, eigentlich zu Richtern der That gemacht. Auf der andern Seite ist die Aufstellung vieler Abstufungen in einem Gesetzbuche bedenklich, weil das Gesetz dann leicht dazu kommt, nach äußeren Merkmalen und Zahlverhältnissen, z. B. bei Diebstahl nach der Summe des Gestohlenen [11]), oder bei

11) Das französische Gesetzbuch macht die Strafdrohung nicht von der Größe des Betrags abhängig. Der preußische Entwurf folgt dieser Ansicht.

der Körperverletzung nach der Dauer der Krankheit oder nach der Art der verletzten Körpertheile [12]) Abstufungen zu machen, und dadurch ungerechte Entscheidungen herbeizuführen, weil dann der Zufall einen zu großen Einfluß erhält und die Verschuldung nicht immer nach der Art des Erfolgs bemessen werden kann.

Der Gesetzgeber muß nun vorerst mit sich im Reinen seyn, ob er ein allgemeines Strafmilderungsrecht ertheilen, wenigstens bei den einzelnen Verbrechen durch den Zusatz: unter mildernden Umständen, die Richter zur Anwendung einer geringeren Strafe ermächtigen will [13]). Thut er dies, so kann das Minimum hoch gestellt und die Strafräume zwischen demselben und dem Maximum enger bestimmt werden. Nie aber würden wir den in neuerer Zeit gemachten Vorschlag [14]) billigen, dem Richter ein Milderungsrecht unter das Minimum herabzugehen, nur bei leichten Verbrechen, deren höchstes gesetzliches Strafmaaß eine fünfjährige Freiheitsstrafe nicht übersteigt, zu geben; ein Versuch dieser Art kommt schon im französischen Code pénal vor, wo nach art. 463 nur bei délits, deren Strafmaaß bis 5 Jahre geht, ein richterliches Milderungsrecht gegeben ist. Die allgemeine Stimme in Frankreich fand dies inconsequent und nachtheilig, weil eben bei den schweren Verbrechen z. B. Todtschlag, Nothzucht, Raub, Fälschung nach der Erfahrung durch vorhandene Milderungsgründe, deren Combination der Gesetzgeber bei seiner Strafbestimmung nicht vorhersah, am häufigsten die Verschuldung so vermindert seyn kann,

---

12) Nachweisungen in meiner Ausgabe von Feuerbach's Lehrbuch S. 412—15.

13) Dies thut vorzüglich häufig der preußische Entwurf von 1847.

14) Erachten betreffend die Einführung eines Criminalgesetzbuchs in Mecklenburg-Schwerin 1850. S. 47. 147.

daß das gesetzliche Minimum mit ihr im Mißverhältniß stehen würde. Will denn der Gesetzgeber nicht zugeben, daß auch bei den schweren Verbrechen eine gerechte Strafe erkannt werde, und ist nicht das richterliche Milderungsrecht das sicherste Mittel, dies zu bewirken? Eben die schweren Verbrechen gehören zur Competenz der Geschwornen, und ihr Rechtsbewußtseyn würde sehr verletzt und ihrem Gewissen Zwang zugefügt werden, wenn sie nicht auf das zulässige Milderungsrecht rechnen könnten. Wir setzen aber voraus, daß, wenn der Gesetzgeber entweder allgemein oder bei besonderen Verbrechen ein Milderungsrecht anerkennt, die Entscheidung über das Daseyn mildernder Umstände den Geschwornen zustehen muß, wie dies auch mit Recht der Entwurf des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten [15]) ausspricht. Nur dann wird consequent die ganze Schuldfrage von den Geschwornen beantwortet und der Vortheil gerechter Wahrsprüche erreicht. — Sollen Abstufungen gemacht werden, so lassen sich die in unsern deutschen Strafgesetzbüchern vorkommenden Abstufungen nicht rechtfertigen, weil sie häufig zu künstlich oder nach rein äußerlichen, die Verschuldung nicht wahrhaft bestimmenden Merkmalen aufgestellt sind. Die Art der Verbrechen entscheidet dabei [16]). Bei Verbrechen, bei denen keine große Mannigfaltigkeit ihrer Richtung vorkommt, bedarf es keiner Abstufungen im Gesetze. Bei andern, bei welchen ihrer Natur nach viele der Verschuldung ändernde Arten der Verübung vorkommen, möchte regelmäßig die zweckmäßigste Erlassung der Straf-

---

15) Nämlich im Einführungsgesetz des Gesetzbuchs im Bezirke des rheinhessischen Appellationshofs §. XIV. Die Frage soll an die Geschwornen nur auf Grund der Entscheidung des Assisenhofes gestellt werden.

16) Gute Bemerkungen in der Schrift: Erachten über Einführung eines Criminal-Gesetzbuchs in Mecklenburg S. 40.

gesetze die seyn, für die gewöhnlichen Fälle eine nach Maximum und Minimum bestimmte Strafe zu drohen, und dann für die schwereren Fälle eine Ermächtigung zu geben, bis zu einem gewissen höheren Maximum zu steigen und für die leichteren Fälle die Ermächtigung auszusprechen, bis zu einem niederen Minimum herabzugehen [17]), und zwar kann der Gesetzgeber entweder allgemein z. B. durch Hinweisung auf schwerere oder leichtere Fälle diese Ermächtigung geben, oder die Umstände, welche einen Fall als einen schwereren oder leichteren darstellen sollen, näher bezeichnen [18]). Bei manchen Verbrechen lassen sich die Abstufungen leicht dadurch machen, daß der Gesetzgeber, nachdem er für die gewöhnlichen Fälle Strafe droht, nach den besonderen Arten der Verübung, wodurch die Verschuldung gesteigert wird, höhere Strafe droht [19]). Bei anderen Verbrechen ergeben sich Abstufungen nach den verschiedenen die Zurechnung wesentlich ändernden, bei der Art des Verbrechens am häufigsten vorkommenden Seelenstimmungen des Verbrechers, z. B. in dem Falle, wo der Tod einer Person durch lebensgefährliche ohne Absicht zu tödten zugefügte Mißhandlungen bewirkt wurde [20]). Nach dem Ergebniß der Handlungen läßt sich dann die Frage, ob der Angeklagte des höheren oder niederen Grades des Verbrechens schuldig, ob der bestimmte gesetzliche Milderungsgrund vorhanden sey (begreiflich oft so, daß eventuelle Fragen gestellt werden), aufstellen, und nach dem Wahrspruche entscheiden die Rich-

---

17) Bei Körperverletzung, bei Nothzucht läßt sich dies System leicht durchführen.

18) Dies letzte ist z. B. bei Körperverletzung gut anzuwenden.

19) Z. B. bei Diebstahl, wo für Einsteigen, Einbruch mit Waffen, höhere Strafdrohungen passen.

20) Hier bildet sich 1) die Abstufung, ob der Thäter den Tod als wahrscheinliche oder nach den Umständen unwahrscheinliche Folge vorhersah, 2) ob er ohne Ueberlegung und Vorbedacht handelte, 3) ob er schwer zum Zorne gereizt wurde.

ter. Daß man in den Ländern, in welchen Geschwornengerichte seit langer Zeit bestehen, kein Bedenken findet, den Richtern ein sehr weites Ermessen zu geben, lehren die englischen [21]) und nordamerikanischen [22]) Gesetze. Wir können nicht der Ansicht des Hn. Brauer zustimmen, daß die Ausmessung der Strafe innerhalb eines weiten Rahmens nur eine Spielerei sey. Erfüllen die Richter ihre Pflicht, sorgt der Vorstand, daß jedes Mitglied die Gründe seiner Meinung, welche Strafe erkannt werden soll, angeben muß und darüber eine Berathung und Abstimmung erfolge, so ist das Strafmaaß das Ergebniß einer gehörigen Abwägung und wird der Verschuldung entsprechend um so mehr ausgemessen werden können, jemehr die mündliche Verhandlung den Richtern ein reiches Material zur richtigen Würdigung der Eigenthümlichkeit des Angeschuldigten und seiner Verschuldung giebt. Nur sollten aus unsern Strafgesetzbüchern die größtentheils aus Feuerbach's Lehrbuch entlehnten künstlich gefaßten, eher irreführenden Strafausmessungsgründe wegfallen [23]).

Wir wenden uns zur Darstellung der neuesten Erzeugnisse der Gesetzgebungskunst. — Am ersten hatte die baierische Regierung die Wichtigkeit erkannt, das

---

21) In dem neuen, 1849 dem Parlamente von Lord Brougham vorgelegten, an die bestehende Gesetzgebung und Uebung sich anschließenden Entwurfe eines Strafgesetzbuchs kommen Strafdrohungen, z. B. lebenslängliche Transportation oder Einsperrung nicht über 3 Jahre, oder Transportation auf 15 Jahre, oder Einsperrung bis 3 Jahre oder Geldstrafe und Einsperrung vor.

22) In den revised Statutes of Newyork (vol. II. p. 552) kommen oft Strafdrohungen von Gefängniß bis 10 Jahre vor. Im Gesetzbuche von Rhode-Island von 1838 ist z. B. dem Raub (ohne weitere Abstufungen) Einsperrung auf Lebenszeit oder zeitliche Einsperrung nicht unter 5 Jahre gedroht.

23) Wir haben schon oben in diesem Archive 1847. S. 608 auf die Unzweckmäßigkeit solcher Vorschriften aufmerksam gemacht; s. auch Erachten über mecklenburg. Criminalgesetzbuch S. 147.

rafgesetzbuch von 1813 mit den neu eingeführten
hwurgerichten in Einklang zu bringen. Den vereinigten
sschüssen der Kammern wurde von dem Justizminister
ing 1848 ein Gesetzesentwurf, betreffend die Abän=
ungen am Strafgesetzbuche, vorgelegt. Die Motive
)en richtig hervor, daß die Rechtsbegriffe von Dolus
) Fahrlässigkeit in Zukunft in das Rechtsbewußtseyn der
schwornen gestellt werden und ein durch gesetzliche Defi=
ionen der Ueberzeugung der Geschwornen zugefügter Zwang
eitigt werden müsse, ebenso auch nach dem Wegfallen
gesetzlichen Beweistheorie die im Gesetzbuche aufge=
lten Rechtsvermuthungen nicht beibehalten werden dürf=
. Die Art. 39—44. 64 des Gesetzbuchs müßten weg=
len. An die Stelle der bisherigen Rückfallsstrafen,
auf unnatürlichen Fictionen und großer Schwierigkeit
Berechnung beruhen und ungerechte Härte erzeugten,
te der einfache Satz treten: daß der Rückfall ein Er=
werungsgrund sey. Die Härte der Vorschrift, daß die
hter, wenn sie auch noch so viele und wichtige Milde=
igsgründe der gesetzlichen Strafe als im Mißverhältniß
r der Verschuldung stehend erkannten, die Strafe nicht
abseßen dürften, müßte verschwinden. Die Praxis in
iern, freilich eine unrichtige Auslegung des Art. 106 des
rafgesetzbuchs, hatte den Ausweg ergriffen, unter dem
sichtspunkt der Mangelhaftigkeit des Thatbestandes
gen verminderter Zurechnung die Strafe herabzusetzen.
r neue Entwurf enthielt §. 3 die Bestimmung, welche
Richter zu dieser Herabsetzung ermächtigte. Bei dem
dtschlage mußte die Strafe für den Fall, wenn der
äter von dem Getödteten zum Zorne gereizt war, herab=
etzt werden; für den Fall, wenn der Thäter ohne Ab=
t zu tödten lebensgefährliche Mißhandlungen zufügte,
lche den Tod des Verletzten herbeiführten, mußte bisher
Baiern wegen des Art. 41 der Thäter als Todtschläger

bestraft werden. Da die grundlose zur Ungerechtigkeit führende Vermuthung des Art. 41 weggelassen wurde, so mußte eine andere Vorschrift (§. 5) aufgenommen werden, bei welcher das Maaß der Strafe davon abhängig gemacht wurde, ob der Thäter den Tod als wahrscheinlich vorhersehen konnte oder nicht. Bei dem Kindesmorde hatte die Consequenz des Art. 506 des baierischen Gesetzbuchs wegen Mangels am Thatbestande und der früheren Beweistheorie zu Strafdrohungen geführt für die Fälle, wenn nicht alle Merkmale des Kindesmords sich herstellen ließen; nach geänderten Ansichten über die Beweistheorie mußten diese Bestimmungen wegfallen; nur hielt der Entwurf es für nothwendig, noch für zwei Fälle des mangelhaften Thatbestandes bei Kindesmord Strafdrohungen vorzuschlagen[24]). Auch für die Fälle der nicht mit Vorbedacht verübten Körperverletzung mußten die Richter zur Herabsetzung der Strafe ermächtigt werden (§. 8). Als unverträglich mit den Schwurgerichten mußten die Vorschriften des Gesetzbuches §. 106 über Mangel an Thatbestand (eine unselige doctrinelle Geburt), die unpassende in der Anwendung Verlegenheit bereitende Vorschrift §. 116 über Warnung vor Rückfallsstrafe, die Art. 134 bis 136 über den Beweis der Nothwehr und die aufgestellten Rechtsvermuthungen, insbesondere die ungerechte Vorschrift, welche den:

---

24) In §. 6 heißt es: Eine Mutter, welche in der Absicht ihr neugebornes, uneheliches Kind zu tödten, sich einer lebensgefährlichen Handlung oder Unterlassung an demselben schuldig macht, soll, wenn die lebendige Geburt oder die Lebensfähigkeit nicht nachgewiesen ist, mit 4—8jährigem Arbeitshause bestraft werden. §. 7. bestimmt: Eine Weibsperson, welche erwiesener Maßen geboren und entweder durch absichtliche Veranstaltung ihr uneheliches Kind einer möglichen richterlichen Untersuchung entzogen hat, oder die Erklärung darüber, wohin sie dasselbe gebracht hat, verweigert, soll, wenn sie nicht des Kindesmords schuldig befunden wird, wegen der Hinwegschaffung des Kindes mit Gefängniß von 2 Monaten bis 2 Jahren bestraft werden.

jenigen strafte, welcher, wenn er in gerechter Nothwehr tödtete, nicht sogleich bei Gericht die That anzeigte, künftig wegfallen. Die Berathung in den Ausschüssen der Kammern führte bald zu einer ausgedehnteren Prüfung der Frage: welche Vorschriften des Strafgesetzbuchs mit den Schwurgerichten verträglich seyen. In dem Ausschusse der Kammer der Reichsräthe [25]) erklärte der Berichterstatter [26]) die Zustimmung zu der Ansicht, daß alle wissenschaftlichen Begriffe und Rechtsvermuthungen aus dem Gesetzbuche verbannt werden müßten; erkannte aber in einigen Artikeln z. B. über Giftmord (149) [27]), Raub (234) keine Aufstellung einer Rechtsvermuthung, sondern ein bestimmtes Strafgesetz. In dem Art. 56 des Gesetzbuchs, worin am Schlusse, nachdem von der Straflosigkeit des freiwillig von dem Versuche Abstehenden die Rede war, die Worte vorkommen: welches letztere jedoch nicht vermuthet wird, will der Ausschuß keine die Geschwornen beengende Rechtsvermuthung finden. Dagegen sollte die im Art. 279 des G. B. aufgestellte Rechtsvermuthung weggestrichen werden. Ein Streit erhob sich, ob nicht auch die Art. 65—68 über die Grade der Fahrlässigkeit aus dem Gesetzbuche entfernt werden sollten. Wir haben bereits angeführt [28]), daß nach langen Verhandlungen aus sehr ungenügenden Gründen die §§ beibehalten wurden.

---

25) Verhandlungen des Gesetzgebungsausschusses der Kammer der Reichsräthe. 1. Beilageband 1. S. 23 fg.

26) der Reichsrath v. Arnold; ihm verdanken wir die in diesem Archive trefflichen Nachweisungen der 30jährigen Erfahrungen über das baierische Gesetzbuch.

27) Wir haben im ersten Hefte S. 125 bereits von diesem Artikel gesprochen.

28) im ersten Hefte S. 121.

Eine wichtige Verhandlung veranlaßte die Bestimmung über die verminderte Zurechnung [29]). Der Referent bemerkte, daß die Geschwornen nicht in die Lage gebracht werden dürften, denjenigen, welchen sie nicht für vollkommen, sondern nur für gemindert zurechnungsfähig halten, unbedingt für schuldig zu erklären, weil sie dann leicht in die Versuchung kommen könnten, ein Nichtschuldig auszusprechen. Mit Recht hatte sich der Referent gegen den Ausdruck: eine dem Blödsinne nahekommende Geistesbeschränktheit, erklärt, weil auch ohne einen solchen hohen Grad die Zurechnung vermindert seyn kann; ebenso fand er die Beschränkung in der Strafherabsetzung durch Hinweisung auf Art. 99 des Gesetzbuchs [30]) für unpassend und führte an, daß schon bisher das Oberappellationsgericht wegen verminderter Zurechnung statt Todesstrafe auf 8 Jahre Festung, statt 2 Jahre Arbeitshaus 4 Wochen Gefängniß erkannt habe. Bei der Berathung des Ausschusses mit dem Minister erklärte der letzte [31]), daß der Ausdruck: dem Blödsinne nahe ꝛc., gewählt worden

---

29) Der §. 3 lautet nach dem Gesetzesentwurfe: Wenn das Bewußtseyn der Strafbarkeit der Handlung in dem Verbrecher zur Zeit der begangenen That zwar nicht gänzlich aufgehoben, aber doch durch eine dem Blödsinn nahe kommende Geistesbeschränktheit, durch Altersschwäche, durch Gemüthskrankheit, durch unverschuldete Trunkenheit oder andere unverschuldete Verwirrung der Sinne oder des Verstandes in so hohem Grade getrübt war, daß bei der Entscheidung der Thatfrage die Zurechnungsfähigkeit als gemindert erklärt wird, so sind die Gerichte ermächtigt, auf eine geringere als die gesetzliche Strafe zu erkennen, dieselbe darf jedoch nicht unter das im Art 99 bestimmte niedrigste Strafmaaß herabgesetzt werden.

30) Dieser Artikel 99 spricht von jugendlichen Verbrechern, die das 12te aber noch nicht das 16te Jahr zurückgelegt haben; die Todesstrafe soll hier in 12 — 16 Jahre Zuchthaus, die Kettenstrafe oder Zuchthaus auf unbestimmte Zeit in 8 bis 12 Jahre Zuchthaus, die zeitliche Zuchthausstrafe in 1 bis 8 Jahre Arbeitshaus verwandelt werden.

31) Verhandlungen I. Bd. S. 78.

sey, damit nicht wegen jeder unbedeutenden Geistesbeschränktheit die Strafe gemildert werden soll; und daß wegen geminderter Zurechnung der Verbrecher nicht anders behandelt werden dürfte als ein jugendlicher Verbrecher. Ungeachtet mehrere Mitglieder sich gegen den Gesetzesvorschlag aussprachen, wurde dennoch [32]) das Gesetz angenommen, nur mit der Veränderung der angefochtenen Fassung, indem es heißen sollte: große Geistesbeschränktheit.

Im Vortrage des Ausschusses der Kammer der Abgeordneten [33]) stimmte man der oben bemerkten Fassungsänderung bei, fand aber auch, daß die Strafe, bis zu welcher die Gerichte wegen verminderter Zurechnung herabgehen dürften, zu hart sey.

In der gemeinschaftlichen Sitzung der vereinigten Ausschüsse [34]) hatte Hr. Arnold mit Recht ausgesprochen, daß, wenn man die Beschränkung des Entwurfs annehme, entweder fürchterliche Strafen oder eine ungeheure Menge von Freisprechungen vorkommen würde [35]), daß die verminderte Zurechnungsfähigkeit bis zu Null sich abstufen kann. Der Justizminister machte theils die große Willkür, welche entstehen und bei dem öffentlichen Verfahren leicht noch schädlicher wirken würde, theils den Umstand gel-

---

32) Staatsrath Maurer erklärte (S. 80), daß dann der Geschworne ganz freisprechen wird.

33) Erster Beilageband S. 123.

34) Verhandlungen des Gesetzgebungsausschusses der Kammer der Reichsräthe I. S. 241.

35) Eine merkwürdige Erfahrung ist die, daß die Vertheidiger oft gegen die eventuelle Fragestellung wegen verminderter Zurechnung sich erklären, und manche Advocaten in Ländern, deren Gesetze diesen Milderungsgrund nicht kennen, ihn gar nicht eingeführt wissen wollen, weil dann die in die Zwangslage gesetzten Geschwornen lieber das Nichtschuldig aussprechen.

tend, daß die Ausschüsse zu einer so tief gehenden, auch auf Art. 99 sich beziehenden Aenderung nicht befugt seyen, und sprach selbst aus [36]), daß, wenn ein erwachsener Mensch so herunterkommt, daß er nicht den Verstand eines Kindes von 12 Jahren hat [37]), er besser freigesprochen wird. — Die Ausschüsse stimmten zuletzt dem Gesetzesvorschlage bei. — So gern man auch in der jetzigen Fassung des Gesetzes schon begründeten Fortschritt anerkennen muß (der freilich der bisherigen baierischen Praxis gegenüber eine Verschärfung des Rechtszustandes enthält), so muß man doch zugeben, daß, wenn nicht bald die endliche Revision des baierischen Gesetzbuchs erfolgt, die Rechtsanwendung in doppelter Beziehung in eine nachtheilige Lage kommt, theils weil die Vorschrift zu enge gefaßt, theils die Befugniß, die Strafe herabzusetzen, zu sehr beschränkt ist. Nicht blos die in §. 3 bezeichneten Zustände können in einem zwar die Zurechnung nicht aufhebenden, aber sehr verminderten Grade vorkommen; folgerichtig nach dem Princip muß man anerkennen, daß auch der Nothstand, der Zwang im geminderten Grade einflußreich seyn können [38]), so daß dem Richter auch hier ein Milderungsrecht gegeben werden muß [39]). Sehr störend

36) Verhandlungen S. 247.

73) Es scheint, daß man von einer irrigen Voraussetzung ausging, daß die verminderte Zurechnung zunächst auf Geistesbeschränktheit sich beziehe, während nach der Erfahrung andere Zustände vorkommen, wo (z. B. durch Einfluß von Hallucinationen) ohne Geistesbeschränktheit die Zurechnung sehr vermindert wird. Das thüringische Strafgesetzbuch Art. 59 hat daher auch Unrecht, wenn es die verminderte Zurechnung nur auf Verstandesschwäche stellt.

38) Das badische Strafgesetzbuch §. 59 erkennt dies an. In dem Entwurfe für Schleswig-Holstein §. 76 ist anerkannt, daß auch wegen Zwangs oder Drohungen die Zurechnung vermindert seyn kann.

39) Am umfassendsten erkennt der neue (1850) Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Toskana §. 84 an, daß auch da, wo ein

wird aber die Beschränkung des richterlichen Ermessens in Bezug auf Strafe wirken, da nach der Erfahrung eben bei Tödtungen die Fälle verminderter Zurechnung am häufigsten vorkommen, und es ebenso die Gerechtigkeit verletzen als die Geschwornen in eine nachtheilige Zwangslage setzen wird, wenn der Richter höchstens bis 8 Jahre Zuchthaus (also immer einer entehrenden Strafe) da herabgehen kann, wo die bisherige Rechtsübung in Baiern wie in anderen Ländern weit geringere Strafe aussprechen konnte.

Vorzüglich veranlaßte der neue Vorschlag, bei Kindesmord für einige Fälle des mangelhaften Thatbestandes besondere Strafdrohungen [40]) aufzunehmen, lebhafte Verhandlungen. Der Referent der Kammer der Reichsräthe [41]) machte geltend, daß nach dem Entwurfe auch da, wo die lebendige Geburt oder Lebensfähigkeit ungewiß ist, 4 — 8 Jahre Arbeitshaus eintreten soll, dadurch aber eine Verdachtstrafe (weil juristisch das Zweifelhafte dem nicht Erwiesenen gleich stehen muß) begründet wäre, die leicht ungerecht werden könnte, wenn das Kind todtgeboren war. Nach seiner Ansicht könnte man höchstens für den Fall, wo die Mutter in der Absicht ihr lebendiges neugebornes Kind tödtet, einer lebensgefährlichen Handlung sich schuldig macht, wenn die Lebensfähigkeit ungewiß oder Lebensunfähigkeit gewiß ist, Strafe von 1 bis 4 Jahre drohen. Am wenigsten wollte der Referent den §. 7 billigen, der Strafe droht, wenn die Mutter, die

---

Zustand des Zwangs, des Befehls, der Noth (vicino a quello, che secondo gli art. (nun folgen 10 Artikel) esclude interamente l'imputazione die Zurechnung vermindert, der Richter auf eine geringere Strafe herabgehen dürfe. — Das thüringische Gesetzbuch §. 59 gestattet überhaupt auf eine geringere Strafart und Strafdauer herabzugehen.

40) S. oben in *Note 24 die vorgeschlagenen* Artikel.

41) *Beilageband zu den* Verhandlungen I. S. 60.

erweislich geboren hat, die Kindesleiche bei Seite schafft, oder sie nicht angiebt. Auch hier wäre eine Verdachtstrafe gedroht, die auch als Strafe des Ungehorsams der Mutter, die nöthigen Angaben zu machen, nicht gerechtfertigt werden könne.

Bei der Berathung in den Ausschüssen [42]) hob der Justizminister hervor, daß die Aerzte gewöhnlich keine positive Gewißheit, daß das neugeborne Kind lebte, angeben, daher häufig die Kindesmörderinnen straflos seyn würden, wenn man nicht auch die mörderischen Anfälle mit Strafe bedrohte; daß auch die bürgerliche Ordnung dabei betheiligt sey, Kinder, bei denen es auch nicht gewiß wäre, ob der Athmungsprozeß begonnen hat, zu schützen gegen Verletzungen; er gab aber zu, daß für den Fall der Gewißheit der Lebensunfähigkeit eine mildere Strafe eintrete [43]). Die Berathung der Reichsräthe drehte sich nun um den Einfluß der verschiedenen Merkmale des Kindesmords; zuletzt führte die Abstimmung auf Annahme des §. mit einer Herabsetzung der Strafe und geänderter Fassung [44]).

In dem Ausschuß der Kammer der Abgeordneten [45]) spricht der Referent sich auch für die Aufhebung der Verdachtstrafen im Gesetzbuche aus, will aber die Beibehaltung jener Artikel, welche eigentlich eine Strafe wegen Fahrlässigkeit der Schwangeren drohen; er stimmt der Fassung des Art. 6 nach der Abstimmung des Ausschusses

42) Verhandlungen des Gesetzgebungsausschusses der Reichsräthe I. S. 87.

43) Verhandlungen S. 94.

44) Es soll, wenn die lebendige Geburt oder Lebensfähigkeit zweifelhaft ist, 4 bis 8 Jahre Arbeitshaus, wenn aber die Lebensunfähigkeit gewiß, 1—4 Jahre Arbeitshaus eintreten.

45) Verhandlungen des Ausschusses der Kammer der Abgeordneten, Beilageband I. S. 1[illegible].

der Reichsräthe zu, weil er die Drohung einer Strafe des Versuchs des Kindesmordes findet, und auch der Versuch der Tödtung an einem schon Todten Strafe verdiene. Der Ausschuß der Kammer der Abgeordneten beschloß den Regierungsentwurf anzunehmen; in der Berathung der vereinigten Ausschüsse [46]) drehten sich die Verhandlungen darum, ob man da, wo ein lebensunfähiges Kind getödtet würde, noch zu strafen berechtigt sey, ob der Fall strafbarer wäre, als der verwandte Fall der Kindesabtreibung, ob eine Mutter leicht wissen könne, daß ihr Kind lebensunfähig sey; zuletzt kam man zur Annahme des Regierungsentwurfs. — Wir sind überzeugt, daß der Artikel in seiner jetzigen Fassung (oben Note 24) keine Billigung verdient, indem er höchst verschiedene Fälle zusammenwirft, und insbesondere den Fall nicht hervorhebt, wo bei dem Kindesmord nur das Merkmal der Lebensfähigkeit fehlt. Sage man nicht, daß die Mutter nicht weiß, ob das Kind lebensfähig ist, oder wenn sie das lebensunfähige Kind sieht, dasselbe nicht tödtet. Dem Verfasser dieses Aufsatzes sind schon zwei Fälle vorgekommen, wo in einem Falle die Mutter im 6ten Monat der Schwangerschaft gebahr, in einem andern Falle das Kind in einem erbärmlichen Zustande zur Welt kam (weil, wie sich ergab, das Kind nicht lebensfähig war), und eben dieser Anblick des zwar lebendigen aber im traurigsten Zustande liegenden Kindes die Mütter bewog, die Kinder zu tödten, um (wie eine der Angeklagten erklärte) ein Kind nicht vorzeigen zu müssen, von dem Gott selbst nicht wollte, daß es am Leben bliebe. In Fällen dieser Art ist das Minimum von 4 Jahren zu hoch. Noch mehr Verhandlungen erzeugte der Art. VII des Gesetzesentwurfs. Der Referent der

46) Verhandlungen des Ausschusses der Kammer der Reichsräthe I. S. 250.

Kammer der Reichsräthe trug auf Beseitigung des §. an, weil hier nur eine Strafe des Verdachts vorliege, indem man den Kindesmord annehme, weil die Mutter die Kindesleiche beseitigt oder die Erklärung verweigert, wohin sie das Kind gebracht habe. Auch in der Berathung des Ausschusses [47]) erklärten sich mehrere Reichsräthe gegen den §. und bemerkten, als der Justizminister sich darauf berief, daß, wenn auch ein Kind todt zur Welt gekommen, der Staat betheiligt sey, daß die Leiche nicht heimlich beseitigt werde, und daß der Staat darüber Aufsicht üben müsse, daß darnach eigentlich nur eine Polizeistrafe gerechtfertigt wäre. Die Mehrheit nahm jedoch mit Modificationen den §. 7 an. Der Ausschuß der Kammer der Abgeordneten erklärte sich entschieden gegen den §. [48]). In der gemeinschaftlichen Sitzung der Ausschüsse wurde die Ungerechtigkeit der Strafdrohung im Art. 7 noch schlagender geltend gemacht [49]) und der Artikel wurde mit Recht weggestrichen.

Die Berathung führte noch auf die Frage: ob nicht auch die Art. 143. 144 [50]) des baierischen Gesetzbuchs weggestrichen werden sollen, weil sie Vorschriften enthielten, welche den Geschwornen gegenüber nicht als Gesetze gelten könnten, da sie mit der Thatfrage zusammenhingen und daher mit der Beweistheorie wegfallen müßten. Der Ausschuß der Reichsräthe stimmte für die Weglassung der Artikel [51]). Auch der Ausschuß der Abgeordneten stimmte

---

47) Verhandlungen des Ausschusses der Reichsräthe I. S. 98.

48) Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten I. S. 141.

49) Man bezog sich auch auf die in diesem Archive X. S. 596 geltend gemachten Gründe.

50) Sie bestimmen, nach welchen Grundsätzen der Tödtlichkeit eine Verletzung beurtheilt werden soll.

51) Verhandlungen I. S. 40. Das thüringische Gesetzbuch §. 118 giebt die Vorschrift des baierischen Gesetzbuchs nur ganz

dieser Ansicht bei, und so befinden sich unter den nach Art. VIII des Gesetzes vom 29. August 1848 aufgehobenen Artikeln des Strafgesetzbuches auch die Art. 143—145. Wir geben zu, daß diese Artikel zunächst auf die Anwendung durch rechtsgelehrte Richter berechnet waren, und wohlthätig wirkten, in sofern sie der verderblichen älteren Theorie über Tödtlichkeit entgegentraten; wahr ist es aber, daß die Geschwornen, wenn sie über die Thatfrage entscheiden, ob der Angeklagte der Tödtung des A schuldig sey, durch jene Vorschriften nicht klüger, vielmehr leicht verwirrt gemacht werden, daß sie die Bedeutung derselben häufig gar nicht verstehen können; und in sofern können die Artikel ohne Nachtheil aus dem Gesetzbuche wegfallen. Die Aerzte werden in den Verhandlungen die Grundsätze, welche die richtigen sind, ohnehin ihren Gutachten zum Grunde legen.

Noch tiefer eingreifend als das baierische Gesetz ist das königl. würtembergische [52]). Es war nicht blos wie das baierische darauf gebaut, das bisherige, auf die Anwendung durch rechtsgelehrte Richter berechnete Strafgesetzbuch mit den Schwurgerichten in Einklang zu bringen, sondern auch die vielfachen immer häufiger gerügten Mängel des Strafgesetzbuches und die durch Erfahrung nachgewiesenen Härten zu beseitigen. Da in Gemäßheit der Grundrechte die Todesstrafe aufgehoben werden mußte, so bedurfte die Strafscala des Gesetzbuches einer Abänderung: an die Stelle der bisher gedrohten Todesstrafe trat lebenslängliches Zuchthaus; wo dies gedroht war, wurde 20 bis 30 Jahre Zuchthaus gesetzt (Art. 1); wo das Gesetzbuch zeitliches Zuchthaus droht, darf diese Strafe nicht über 20 Jahre erkannt werden. Auch da-

---

kurz an (so daß eigentlich nichts gesagt ist). Der holstein-schleswigsche Entwurf §. 157 enthält keine Bestimmungen über Tödtlichkeit der Verletzungen.

52) vom 13. August 1849.

durch war manche Härte beseitigt, die nach dem Gesetzbuche dadurch eintrat, daß zu oft zu lebenslänglichem Zuchthaus aufgestiegen werden mußte (z. B. wegen Zusammenflusses oder Rückfalls), wo sie nicht zu rechtfertigen war. Ein oft gerügter Fehler des würtembergischen Gesetzbuches war die Häufigkeit der Drohung entehrender Strafen; diesem Uebelstande wurde abgeholfen durch §. 2, welcher die Gerichte ermächtigt, die Vollziehung der Zucht- und Arbeitshausstrafe auf der Festung anzuordnen, wofern ihnen solches nach sorgfältiger Erwägung der besonderen Umstände des Verbrechens und der bisherigen Ehrenhaftigkeit des Uebertreters begründet erscheint. Dadurch wurde der Uebelstand beseitigt, daß auch bei Verbrechen, die nicht auf niedriger Gesinnung beruhen, insbesondere bei Staatsverbrechen, nothwendig Zuchthaus erkannt werden mußte; denn nach dem Strafgesetzbuche konnte nur statt Arbeitshauses die Festung erkannt werden, und da man mit der Drohung des Zuchthauses insbesondere auch bei Hochverrath sehr freigebig war, so waren eben solche Verbrecher mit gemeinen Verbrechern zusammengeworfen. — Im Zusammenhange damit steht der Art. XVIII des neuen Gesetzes, nach welchem, wenn die bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte durch ein rechtskräftiges Erkenntniß ausdrücklich oder durch die erkannte Festungsstrafe entzogen wurden, diese Rechte auf Bitten des Verurtheilten durch das erkennende Gericht wiederhergestellt werden können, falls sich der Verurtheilte in den letzten vier Jahren nach Erstehung der Freiheitsstrafe, oder falls die Entziehung für sich allein erkannt wurde, nach eingetretener Rechtskraft des Erkenntnisses keines im Strafgesetzbuche oder im Polizeistrafgesetze verpönten vorsätzlichen, nicht blos mit Bezirksgefängniß oder Geldbuße zu ahndenden Vergehens schuldig gemacht hat. Trat ein solcher Verlust in Folge der Arbeitshaus- oder Zuchthausstrafe ein, so ist bei ersterer

der Ablauf von 7, bei letzterer von 10 Jahren erforderlich. Durch diese Vorschrift ist wenigstens etwas gewonnen und der verderbliche Grundsatz, nach welchem die entehrende Strafe lebenslänglich wirkte, beseitigt, so daß jeder Bestrafte vorher weiß, daß es von ihm abhängt, nach Ablauf einer gewissen Zeit nach erstandener Strafe die volle Wiedereinsetzung in seine Ehrenrechte zu erhalten, wenn er sich tadellos beträgt. Die Zeit, in welcher er nach überstandener Strafe seiner Ehre beraubt ist, dürfte freilich zu lange seyn, wenn man erwägt, welche Verbrechen mit Arbeitshausstrafe bedroht sind [53]).

Nach Art. III des Gesetzes ist die körperliche Züchtigung abgeschafft. Als eine Ergänzung der Vorschrift, welche bürgerliche Rechte durch Ehrenverlust entzogen werden, schien durch die in der Zwischenzeit erfolgten Veränderungen in Bezug auf die Jagdrechte und die Schwurgerichte die Bestimmung im Art. IV nöthig, daß auch der Verlust des Rechts Schießwaffen zu tragen und Geschworner zu seyn, unter den Rechten begriffen seyn sollte, die durch Ehrenverlust entzogen werden. Der Art. V bestimmt, daß die Kreisgefängnißstrafe, welche neben dem Verluste der bürgerlichen Ehren- und der Dienstrechte gegen einen Angeklagten zu erkennen ist, der diese Rechte bereits verloren hat, in dem Zuchtpolizeihause vollzogen werden soll. Die Bedeutung dieser neuen Bestimmung ergiebt sich, wenn man erwägt, daß das würtembergische Gesetzbuch auf eine nie zu rechtfertigende Weise den Verlust der Ehrenrechte über alle Gebühr ausdehnte, und selbst in Verbindung mit Gefängnißstrafe, ja selbst in einzelnen Fällen mit Entziehung einer öffentlichen Berechtigung, mit Geldstrafe

---

53) Daß, wenn man das Pönitentiarsystem redlich durchführen will, das System der entehrenden Strafen ohnehin ein anderes werden muß, als das bisherige, ist klar, und so betrachten wir die Verbesserungen des Gesetzes nur als vorläufige.

und bei Dienstvergehen als selbstständige Strafe erkennen ließ. Eine solche Vorschrift mußte empören, wenn z. B. alle Wahl- und Wählbarkeitsrechte auf Lebenszeit, sogar nach Art. 129, wenn die erkannte Strafe durch Verjährung aufgehoben war, verloren gingen. Man schuf sich dadurch selbst eine große Zahl von Feinden der bürgerlichen Gesellschaft, welche entehrt, überall zurückgestoßen, in ihrem Fortkommen gehindert, die Ordnung um so williger zu gefährden bereit sind, je mehr sie in verzweiflungsvoller Lage und von aller Möglichkeit einer Theilnahme an öffentlichen Angelegenheiten auf gesetzlichem Wege ausgeschlossen sind. Es war lächerlich, wenn nach dem Gesetze manche Personen, welche zu der Ausübung der politischen Rechte gar nicht gelangen konnten, z. B. Frauenspersonen, dennoch als der Ehrenrechte verlustig durch Urtheil erklärt wurden. Sehr nachtheilig für die ganze Wirksamkeit des Strafensystems war noch, daß vermöge des Gesetzes in das Kreisgefängniß, welches regelmäßig für die mit nicht entehrenden Strafen belegten Uebertreter bestimmt war, dennoch Sträflinge kommen sollten, welchen auch die Ehrenrechte abgesprochen waren. Nach Art. VI können die Gerichte statt oder mit der Polizeiaufsicht [54]), auf Ortsbegrenzung erkennen. Nach Art. VII soll, wenn die Strafe des Verlustes der Ehren- und Dienstrechte nicht vollzogen werden kann, weil der Schuldige in seinen früheren rechtskräftigen Erkenntnissen hierzu verurtheilt war, die Ehrenstrafe in Gefängniß bis 6 Monate verwandelt werden. Der Ausländer soll nach Art. VIII statt des

54) Es ist unbegreiflich, wie unsere Gesetzgeber, die soviel von Pönitentiarsystem sprechen, noch immer die Stellung unter Polizeiaufsicht als Nachahmung des französischen Gesetzbuchs beibehalten können, während in Frankreich selbst die ausgezeichnetsten Praktiker die Verderblichkeit dieser Einrichtung nachweisen; s. **Chatagnier** du Renvoi sous la vieillance de la haut police. Paris 1849.

Verlusts der Ehrenrechte mit Gefängniß bis 6 Monaten bestraft werden [55]). Von Bedeutung ist der Art. IX, nach welchem die Art. 54—61 des Strafgesetzbuchs als gesetzliche Vorschriften wegfallen. Darnach kämen ferner die Vorschriften über rechtswidrigen Vorsatz (55), über den sogenannten allgemeinen Vorsatz und über die Zurechnung der Folgen bei der sogenannten culpa dolo determinata und eventuellem Dolus (56), die Vorschriften über Fahrlässigkeit und ihre Grade (58—60) nicht mehr zur Anwendung. Darüber, daß keine Definitionen von Dolus und Fahrlässigkeit in ein Gesetzbuch, am wenigsten in ein zur Anwendung durch Geschworne bestimmtes gehören, wird allgemein zugegeben, weil diese Begriffe im Rechtsbewußtseyn des Volkes liegen, und Geschworne durch solche gesetzliche Begriffe [56]) leicht irregeführt werden. Wenn nun auch in neuester Zeit eine sehr achtungswerthe Stimme in Bezug auf den mecklenburgischen Entwurf für die Nothwendigkeit der Aufnahme einer Vorschrift über eventuellen Dolus sich ausspricht und einen solchen Artikel vorschlägt [57]), so muß man sich dennoch dagegen erklären.

---

55) Die Art. 51 u. 52 des Gesetzbuchs sind aufgehoben.

56) Was an solchen Begriffen richtig ist, wird in den Verhandlungen immer vom Staatsanwalte und dem Vertheidiger in der Anwendung auf den vorliegenden Fall benutzt werden.

57) Erachten, betreffend die Einführung eines Criminalgesetzbuchs in Mecklenburg S. 103—111. Es sollen nach dem Vorschlage aus dem darmstädtischen Strafgesetzbuche die Art. 59 und 60 aufgenommen werden, jedoch mit dem Zusatze zu dem letzteren. Auch dann ist der eingetretene Erfolg dem Verbrecher zum Vorsatze zuzurechnen, wenn er denselben zwar nicht bezweckt, wohl aber, ungeachtet er eingesehen daß das Eintreffen leicht möglich sey, die verbrecherische That zur Ausführung gebracht hat. Die Motive S. 109 fühlen selbst, daß um jede Mißdeutung zu beseitigen noch das Wort: genügend vor eingesehen gesetzt werden könnte; allein wir fragen, ob durch solche vieldeutige Worte die Menschen klüger werden?

Die Erfahrungen Baierns sollten belehren; alle solche Bestimmungen des Gesetzes sind Nachbildungen der baierischen Art. 42. 44 fg., die dort mit der unseligen aufgestellten Vermuthung des bösen Vorsatzes zusammenhängen, und zeigen sich in der Rechtsanwendung als verderblich. Mit dem Ausspruche der Geschwornen über die Schuldfrage sind solche Vorschriften, welche Vermuthungen aufstellen und mit der alten Beweistheorie zusammenhängen, unverträglich, sie leiten den Geschwornen irre, oder fügen ihrem Gewissen einen ungerechten Zwang zu; was an solchen Vorschriften wahr ist, wird auch ohne sie von den Geschwornen beachtet. Der richtige Sinn der Verfasser des Entwurfs brachte sie selbst dazu durch einen Zusatzartikel, ein Mittel in das Gesetzbuch zu bringen, durch welches dem Richter die Möglichkeit gegeben wird, in Fällen die Strafe zu mildern, in welchen die vorausgesetzte Einsicht des Thäters nicht vorhanden ist und eigentlich mehr culpa vorliegt [58]). Das Gesetz soll dann dem Richter ein Milderungsrecht geben [59]). Wir glauben, daß auch damit wenig geholfen wird; überläßt der Gesetzgeber den Richtern, darüber zu erkennen, ob Grund zur Milderung da ist, nachdem die Geschwornen über den Fall das Schuldig ausgesprochen haben (auf den Grund der vom Gesetze ausgesprochenen Vermuthung), so setzt man die Geschwornen in eine peinliche Lage, indem sie genöthigt werden, das Schuldig auszusprechen und nur hoffen können, daß die Richter die Milderung eintreten lassen werden. Sollen die Geschwornen aber entscheiden, ob

---

58) Erachten S. 110.

59) Der Artikel soll lauten: Doch soll in Fällen dieser Art, in welchen erhebliche Gründe einer milderen Beurtheilung vorliegen, dem Richter gestattet seyn, die gesetzliche Strafe, wenn dieselbe in Todesstrafe oder lebenslänglichem Zuchthaus *besteht, bis* auf Zuchthaus von 15 Jahren, die zeitliche Zucht*hausstrafe* bis auf die Hälfte herabzusetzen.

ein Grund der Milderung vorliegt, so wird die Fragestellung und die Beantwortung derselben oft schwierig, während die baierische und würtembergische Praxis seit einem Jahre bewiesen hat, daß die Weglassung aller solcher gesetzlichen Vorschriften keinen Nachtheil hat und ohne sie gerechte Wahrsprüche gegeben werden [60]).

Durch den Art. IX des würtembergischen Gesetzes sind die Art. 62 bis 73 aufgehoben und durch andere Bestimmungen ersetzt. Die gesetzliche Strafdrohung begreift vorbehaltlich der im Gesetze bestimmten Ausnahmen [61]) die Strafe des Versuchs, sofern die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens angefangen und nur durch zufällige oder von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände aufgehalten worden ist, oder die Wirkung verfehlt hat. Die Fassung ist viel klarer als im Entwurfe. Aufgehoben ist auch der Art. 72 des Gesetzbuchs, nach welchem auch Strafe gedroht war, wenn der Thäter aus Irrthum oder Verwechslung ein untaugliches Mittel anwandte oder gegen vermeintliche Rechte richtete. Das neue Gesetz will an dem Satze selbst, daß auch in den bezeichneten Fällen der Versuch strafbar seyn soll, nichts ändern; was schon aus den Worten des Art. IX sich ergiebt, wenn es heißt: oder die Wirkung verfehlte [62]). Eine bedeutende Verbesserung finden wir darin, daß das

---

60) Als zweckmäßig bewährt sich nur der Art. 5 des baier. Gesetzes vom 29. August 1848, worin für den Fall, wo Jemand mit dem Entschlusse einem Andern körperliche Mißhandlungen zufügt, welche dessen Tod verursachen, besondere Strafen gedroht werden, je nachdem der Tod als wahrscheinlich vorausgesehen werden konnte oder nicht.

61) Die im Gesetzbuche nach Art. 142. 185. 211. 238. 242. 282. 312. 379 aufgestellten Ausnahmen, nach welchen bei gewissen Verbrechen auch Vorbereitungshandlungen bestraft werden sollen, bleiben also vorläufig stehen.

62) Die Motive zu §. 8 erklären, daß sie die Entscheidung der Doctrin überlassen.

Gesetz die bisherigen Abstufungen von dem beendigten und nichtbeendigten Versuche, so daß überall besondere Strafen gedroht waren, aufhob, und nur bestimmt, daß die Strafe nach dem Grade, in welchem sich der Versuch der Vollendung nähert, auszumessen ist, und die Gerichte berechtigt sind, die Strafe des Versuchs unter dem geringsten gesetzlichen Maaß und nach Umständen in der nächstfolgenden niedrigeren Strafart zu bestimmen; das Gesetz droht auf diese Art kein Minimum. Wenn es auch richtig ist, daß das richterliche Ermessen dadurch einen sehr weiten Raum erhält, so müssen wir dennoch dies System jenem vorziehen [63]), welches Grade des Versuchs im Gesetze aufstellt und jedem Grade besondere Strafen droht. Mit Schwurgerichten sind solche Gradationen unverträglich.

Nach Art. XI des neuen Gesetzes soll der Versuch eines Vergehens, welches vollendet nur Gefängnißstrafe bis 3 Monate, oder zeitliche Entziehung der bürgerlichen Ehren- und Dienstrechte oder noch geringere Strafe nach sich ziehen würde, straflos seyn. Es liegt darin die Anerkennung des auch im französischen Gesetzbuche, das bei allen Vergehen (mit einigen Ausnahmen) keinen strafbaren Versuch annimmt, aufgestellten Grundsatzes, daß bei kleineren Vergehen, wo doch das öffentliche Interesse an der Bestrafung nicht bedeutend ist, wo aber viele unnöthige, kostspielige, häufig nicht zum Ziele führende Untersuchungen vorkommen, Bestrafung nicht eintreten soll.

In Bezug auf den Versuch des Hochverraths führte die Berathung in der zweiten Kammer zu einer wichtigen Frage. Das würtembergische Strafgesetzbuch (Art. 140) bedroht blos Vorbereitungshandlungen zu Hochverrath und zwar nach den angeführten Beispielen in weiter Ausdeh-

---

63) S. auch Erachten über den mecklenburgischen Entwurf S. 128.

nung mit Arbeitshausstrafe. Die Commission der zweiten Kammer trug auf Aufhebung des Art. 142 an[64]). Die Regierungscommissäre widersetzten sich diesem Antrage, weil in der Aufforderung zum Hochverrathe, in der Anwerbung bewaffneter Mannschaft nicht blos Vorbereitung, sondern schon eine zur Verübung des Hochverraths führende Handlung begangen wird. Als Ergebniß der Berathungen wurde nun Art. XX aufgenommen[65]), durch welche der Art. 142 einigermaßen verbessert wurde. Wir geben zu, daß in der Anwendung durch Geschworne, welche die Umstände, unter denen gehandelt wurde, die Ernstlichkeit und Möglichkeit einer Gefahr für den Staat erwägen, der neue Artikel weniger Gefahr hat; dennoch ist seine Fassung sehr unbestimmt und wird voraussichtlich viele grundlose Untersuchungen veranlassen, welche der Staatsregierung selbst zum Nachtheile gereichen.

Nach Art. XVI des neuen Gesetzes sind die Art. 74—88. 93. 94 des Gesetzbuchs aufgehoben. Wir halten dies für eine große Verbesserung. Das Strafgesetzbuch hatte durch seine der Doctrin entlehnten, in ihrer Fassung unbestimmten Begriffe, die von Geschwornen am wenigsten richtig gewürdigt werden konnten, eine Reihe von Zweifeln in der Rechtsanwendung veranlaßt und zu großen Härten in Bezug auf die Strafe geführt. Die Bestimmung

64) Mit Recht hatte Hepp: die politischen und unpolitischen Staatsverbrechen, S. 27—32, gezeigt, wie gefährlich die Fassung des Art. 142 ist.

65) Es heißt nun: Wer in hochverrätherischer Absicht eine Handlung unternimmt, um einen Angriff oder eine Verschwörung der im Art. 140 des Gesetzbuchs bezeichneten Art zu bewirken, insbesondere wer in solcher Absicht dazu auffordert, Mannschaft anwirbt oder einübt, Waffen oder andere zum Angriffe dienliche Mittel anschafft, austheilt, annimmt, Verbindungszeichen aufsteckt oder austheilt, Versammlungen zu hochverrätherischen Zwecken hält oder an solchen im Bewußtseyn dieser Zwecke thätigen Antheil nimmt, ist mit Kreisgefängniß (bis 6 Jahre) oder Arbeitshaus zu bestrafen.

im Art. 74, daß der Anstifter als Urheber mit der auf das Verbrechen gesetzten Strafe zu belegen sey, veranlaßte ebenso wie die völlige Gleichstellung des sogenannten Miturhebers im Art. 75, mit dem Thäter eine in manchen Fällen ungerechte Gleichstellung in Bezug auf die Strafe. Der Art. 76 bemühte sich durch eine allgemeine Fassung die Frage zu bestimmen, was man durch keinen allgemeinen Satz bestimmen kann, nämlich wieweit dem Anstifter alle Folgen zuzurechnen sind. Der weder in der Doctrin allgemein als richtig anerkannte[66]), noch dem Volksrechtsbewußtseyn entsprechende Begriff von Complott erzeugte in der Rechtsanwendung viele Streitigkeiten; sehr richtig hat der Berichterstatter der Commission[67]) aus der würtembergischen Praxis dies nachgewiesen. In der Anwendung auf Schwurgerichte würden diese Bestimmungen höchst nachtheilig gewirkt haben[68]). Durch das neue Gesetz ist nun (Art. XIII) nur ausgesprochen, daß die Mitschuldigen an einem vollendeten oder versuchten Verbrechen oder Vergehen den nämlichen Strafbestimmungen wie die Thäter unterliegen, den Gerichten aber gestattet sey, die Strafe derjenigen, welche eine wissentliche Mitschuld trifft, ohne daß sie zugleich Anstifter oder im Complotte sind, nach Vorschrift des Art. X unter die dem Thäter gedrohte Strafe herabzusetzen (es wird darnach ganz so wie bei der Versuchsstrafe kein Minimum aufgestellt; der oben unterstrichene Mittelsatz aber empfiehlt sich nicht: denn darnach scheint es, daß der Anstifter und der Complotteur in allen Fällen gleich wie der Thäter bestraft

66) S. im ersten Hefte S. 118.

67) Hr. Holzinger in dem Commissionsberichte S. 7.

68) Es ist aus der baierischen Praxis, wo man diesen Begriff im Gesetzbuche belieߧ, leicht nachzuweisen, daß die Geschwornen nicht gut diese Begriffe verstehen und die Wahrsprüche auf dies Mißverstehen deuten.

werden sollten; allein da es nun heißt: daß sie denselben Strafbestimmungen unterliegen und bei diesen ein Maximum und Minimum gedroht ist [69]), so wird das Gericht innerhalb dieses Rahmens doch die Strafe gerecht ausmessen können. Nach Art. XIV soll, wenn die Thäter wegen freiwilligen Abstehens straflos bleiben, dies nur denjenigen Anstiftern und Complotteurs zu Gute kommen, welche das Aufgeben ihres Entschlusses an den Tag legten. Wird die That vollführt, nachdem ein Theilnehmer am Verbrechen seinen Entschluß geändert hat, so ist er von Strafe nur frei, wenn er dies Zurücknehmen seinen Genossen angezeigt und soviel an ihm lag sie von der Ausführung abzuhalten sich bemühte. Nach Art. XV ist die bloße Eingehung eines Complotts, sofern Zuchthausstrafe auf dem vollendeten Verbrechen steht, mit Gefängnißstrafe geahndet; es liegt darin eine große Milderung des Art. 80; allein der Satz hat in der Anwendung besonders bei Geschwornen seine Bedenken; denn wie schwierig ist es zu erkennen, ob in dem einzelnen Falle, wo kein Verbrechen vollendet wurde, das vollendete Verbrechen mit Zuchthaus oder Arbeitshaus bestraft worden wäre; wer kann dies vorher bestimmen? Die Fragestellung an die Geschwornen wird sehr schwierig seyn. Der Art. 93 des Str. Gesetzb. droht Strafe demjenigen, der von dem Vorhaben eines Andern, eine strafbare Handlung zu begehen, glaubhafte Kenntniß hat und nicht der Obrigkeit Anzeige macht, oder das Verbrechen nicht verhindert. Der Art. XVI des neuen Gesetzes hebt mit Recht diesen Art. 93 auf; in der Commission wurde der Antrag gestellt, auch folgerichtig den Art. 143 des Str. Gesetzb. aufzuheben, welcher strenge Strafe dem Unterthan droht,

69) Nur da, wo dem Thäter eine lebenslängliche Strafe gedroht wird, befindet sich das Gericht in einer unangenehmen Lage.

welcher von einer hochverrätherischen Unternehmung oder Verschwörung Kenntniß hat, und nicht Anzeige macht. Die Mehrheit der Kammer trug auf Weglassung des Artikels an; allein da die Regierung die Gefährlichkeit einer solchen Lücke nachwies, so vereinigte man sich zuletzt zur Annahme des Art. XXI, nach welchem die unterlassene Anzeige oder Verhinderung nur bestraft wird [70]), wenn der Staatsangehörige von einem hochverrätherischen Angriffe oder einer Verschwörung von einem Unternehmer unmittelbar oder mittelbar durch einen Beauftragten in Kenntniß gesetzt wird [71]). Die Grundsätze von dem Zusammenflusse der Verbrechen, wie sie nach dem bisherigen geheimen schriftlichen Untersuchungsprozesse vorkommen könnten, bedürfen nothwendig einer Umgestaltung der Anwendung auf das mündliche Anklageverfahren [72]). Englands Beispiel zeigt, wie nothwendig es ist, die Verhandlung vor Geschwornen sehr zu vereinfachen; durch die Anklagekammer und die Anträge des Staatsanwalts wird ohnehin geholfen, indem hier abgewogen wird, wegen welcher Verbrechen Jemand vor Gericht gestellt werden soll. Ist dies Urtheil der Anklagekammer einmal ergangen, so muß es dabei bleiben; das neue Gesetz Art. XVII bestimmt nun, daß die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs über Zusammenfluß nur auf solche noch unbestrafte Verbrechen und Vergehen derselben Anwendung findet, welche begangen wurden, ehe die Versetzung in den Anklagestand oder

---

70) Das Gesetzbuch drohte Kreisgefängniß von 1 bis 6 Jahren. Das neue Gesetz nur mehr Gefängniß bis 2 Jahre.

71) Das Gesetz nimmt Verwandte, Ehegatten, Geschwister und Beichtväter aus; wie ist es mit der Verlobten, oder einem vertrauten Freunde, denen unter dem Siegel der Verschwiegenheit das Geheimniß anvertraut wird?

72) Die Art. 32—35 des neuen Gesetzes beziehen sich auf das Verfahren bei zusammentreffenden Vergehen.

die Verweisung vor ein Strafgericht wegen eines derselben ergangen und eröffnet ist.

Nach Art. XXII sollen die Bestimmungen des Art. 148 des Strafgesetzb. (von Verbrechen gegen den deutschen Bund) jetzt von Verbrechen gegen das deutsche Reich gelten [73]). In Beziehung auf die Beleidigung der Amtsehre, welche nach dem Gesetzbuche (162) unter die Staatsverbrechen gestellt war, was zu störenden Folgerungen in der Rechtsanwendung führte [74]), verbessert der Art. XXIII des neuen Gesetzbuchs, indem diese Handlungen jetzt unter die Art. 284 — 294 (also von den Privatverbrechen gegen die Ehre) gestellt werden, so daß die in den Verhältnissen liegende Erschwerung nur bei der Strafausmessung zu berücksichtigen ist, und die Strafe, die zwar in schwereren Fällen bis 2 Jahre Arbeitshaus gehen kann, in leichteren Fällen bis Geldbuße herabgesetzt werden darf.

Um manche nach der Erfahrung eingetretene Härten zu beseitigen, z. B. bei Diebstahl, bestimmt Art. 25, daß bei Entwendung, Unterschlagung und Betrug in Fällen von Art. 328 Nr. 1 und Nr. 3, 347 Nr. 2, 353 Nr. 5 des Strafgesetzb., wenn der Werth des Entwendeten den Betrag von einem Gulden nicht übersteigt, polizeiliche Strafe eintreten soll. Die harten Art. 333. 350 über Zusammenfluß mehrerer Diebstähle wurden aufgehoben (Art. XXVII). In Bezug auf Rückfall bei Diebstählen setzt Art. XXVIII die Strafen des Strafgesetzbuchs herab und gestattet, wenn der Werth des Entwendeten nicht 3 Gulden übersteigt und besonders mildernde Umstände

---

73) Es ist hier freilich eine Strafbestimmung ohne Gegenstand vorhanden.

74) Ueber die Nachtheile dieser Stellung s. meine Schrift: *Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung* II. S. 93.

vorliegen, die Rückfallsstrafe unter dem geringsten Maaße festzusetzen. — In Ansehung der Unterschlagung, welche nach Art. 344 des Strafgesetzbuchs von Amts wegen verfolgt werden mußte, bestimmt Art. XXIX des neuen Gesetzes, daß das Verbrechen (mit Ausnahme gewisser im Gesetze bezeichneten schweren Fälle) nur auf Anzeige des Beschädigten oder desjenigen, der seine Stelle vertritt, untersucht und bestraft werden soll. Die Ersatzleistung vor erhobener Klage soll von Strafe befreien. Wer eine fremde vertretbare Sache mit der Absicht der Ersatzleistung widerrechtlich verbraucht hat, und darzuthun vermag, daß er zur Zeit des Verbrauchs die Mittel hatte, den beabsichtigten Ersatz zu leisten, soll auf Klage des Beschädigten mit Gefängnißstrafe belegt werden. — Nach der Erfahrung hatte sich in der Anwendung des Art. 419 über Täuschung bei Amtshandlungen eine große Härte der Strafe oft gezeigt; das neue Gesetz (Art. XXXI) gestattet in leichteren Fällen, wenn sonst keine widerrechtliche Absicht zu Grunde liegt, Geldstrafe bis 100 Gulden in dem Bezirksgefängniß zu erkennen.

(Forsetzung im nächsten Hefte.)

XV.

Vergleichung der englischen und französischen Jury.

Von

Hepp.

(Beschluß von Nr. XIII. im vorigen Hefte.)

Haben wir die Gegensätze zwischen dem englischen und dem französischen Verfahren bis zu diesem Hauptwendepunkte des Processes verfolgt, so treten diese Gegensätze nicht minder schroff in dem Hauptverfahren hervor. Denn wie der Anfang, so das Ende!

Betrachten wir zunächst das englische Recht, so stellte sich schon die Voruntersuchung als völlig frei von allen inquisitorischen Tendenzen, d. h. von dem Streben nach Bekenntnißzwang, dar, und darin ist der Grund der Oeffentlichkeit, der Offenheit, der Kürze und der Humanität, welche das erste Stadium des englischen Processes in so hohem Grade auszeichnen, zu suchen. Noch viel weniger wird daher die inquisitorische Tendenz in dem Hauptverfahren hervortreten können, und dies ist auch wirklich der Fall. Ja in England scheint man in das entgegengesetzte Extrem gefallen zu seyn, indem auf das Bekenntniß, diese Königinn der Beweise (regina probationum) des Inquisitionsprocesses, wenig Werth gelegt, dasselbe von vielen Schriftstellern völlig herabgesetzt, und *sogar geschmäht* wird. So giebt es englische Schriftsteller,

welche das Geständniß „das schlechteste und unsicherste Beweismittel" nennen. Woher diese eigenthümliche Auffassung; da doch anerkannt werden muß, daß in einem reuemüthigen, freiwilligen Bekenntnisse sich die Macht und der Drang eines schuldbeladenen Gewissens offenbart (**confessio conscientiae vox est**), und insbesondere von dem religiösen Sinne der Engländer die Anerkennung dieser Thatsache erwartet werden sollte? Hierauf dürfte zu antworten seyn: 1) wenn das Gesetz Gewicht auf das Bekenntniß legt, so entsteht schon dadurch die gegründete Besorgniß, daß sich mancherlei Inquisitionskünste in die Voruntersuchung einschleichen werden, und dann ist es kaum mehr möglich, ein freiwilliges, reuemüthiges Bekenntniß von einem halb oder ganz abgedrungenen zu unterscheiden. Denn was Alles läßt nicht der deutsche Inquisitionsproceß noch unter dem Namen eines „freiwilligen" Bekenntnisses passiren! Soll daher der Anklageproceß von allen inquisitorischen Tendenzen rein erhalten werden, wie in England der Fall ist, so muß zu Erreichung dieses Zwecks eine gewisse Abneigung gegen Bekenntnisse bei den Richtern bestehen. Jede Sympathie des Richters für dieselben ist gefährlich, weil sie über kurz oder lang den Anklageproceß mehr oder minder in den Inquisitionsproceß hinüberspielt. Sodann 2) kommt in Betracht, daß es vom Standpunkte des Anklageprinzips als eine Abweichung von der Regel, als etwas Außergewöhnliches angesehen werden muß, wenn der Angeklagte, statt von dem Ankläger überführt und von der Jury gerichtet zu werden, durch Ablegung eines Bekenntnisses sowohl dem Kläger die Mühe des Beweises erspart, als die Jury entbehrlich macht. Denn wer sich selbst richtet, braucht nicht erst gerichtet zu werden. Je inniger das Bekenntniß mit dem Inquisitionsprocesse zusammenhängt, um so fremdartiger ist es dem Anklageprocesse. Daher erscheint

von diesem Standpunkte die Abneigung gegen dasselbe natürlicher als eine Sympathie für dasselbe. Sodann 3) ist zu berücksichtigen, daß es bei der prägnanten Kürze, welche die englische Voruntersuchung charakterisirt, selbst an der nöthigen Controle über die Glaubwürdigkeit des Bekenntnisses fehlen würde. Der deutsche Inquisitionsproceß legt, und mit Recht, nur einem vollkommen verificirten Bekenntnisse volle Beweiskraft bei, und man weiß, welche Zeit und Mühe der Inquirent auf die Verification der von dem Angeschuldigten eingestandenen Haupt- und Nebenumstände der That zu verwenden hat. Der englische Richter, welcher ohne weitläufige Voruntersuchung die Strafe nur auf den Grund des vor ihm abgelegten Bekenntnisses auszusprechen hat, kann daher kein solches Gewicht auf dasselbe legen, wie es der deutsche Richter im Inquisitionsprocesse thut. Endlich 4) da das Gesetz den Angeklagten nicht hindert, ein Bekenntniß der Schuld, sey es in der Voruntersuchung oder später abzulegen, ja derselbe beim Beginn der öffentlichen Sitzung ausdrücklich befragt wird, ob er schuldig oder nicht schuldig plädiren wolle, so ist damit Alles geschehen, was vernünftigerweise geschehen kann. Was darüber hinausgeht, gehört der inquisitorischen Tendenz an. Giebt der Beschuldigte schon in der Voruntersuchung auf an ihn gerichtete Fragen die Antwort: I decline an answer (ich verweigere die Antwort), so spricht er damit schon hier aus, daß er es auf eine Ueberführung ankommen lassen wolle, und dann darf er eben deshalb nicht weiter befragt werden. So auch, wenn er im Hauptverfahren erklärt not guilty plädiren zu wollen, so darf er von nun an mit weiteren Fragen nicht gedrängt werden. Durch dieses Verfahren wird ihm auch nicht die Gelegenheit zu seiner Vertheidigung abgeschnitten; vielmehr glaubt er in dem Schweigen das wirksamste Vertheidigungsmittel zu fin-

den. Darin kann er sich freilich mitunter täuschen. Allein ist es nicht weit natürlicher, es dem Angeklagten selbst zu überlassen, wie er am zweckmäßigsten sich glaubt vertheidigen zu sollen, statt ihm (wie nach französischem Recht) scheinbar „Gelegenheit zu geben, sich gegen die Anschuldigungsbeweise zu rechtfertigen und Gegenbeweis anzutreten", statt dessen aber förmliche Inquisitionen mit ihm anzustellen, die ihn immer mehr verdächtigen?

Dies führt uns jetzt zur näheren Betrachtung des englischen und des französischen Hauptverfahrens, beide vom Standpunkte des ihnen gemeinschaftlichen Anklageprinzips betrachtet.

Was zunächst das englische Recht betrifft [31]), so tritt hier die consequente Durchführung des Anklageprinzips in zwei Hauptrichtungen hervor, nämlich in dem Verfahren gegen geständige Angeklagte, und darin, daß den Parteien selbst die Beweisführung in die Hand gegeben ist.

In der Voruntersuchung darf zwar nicht auf ein Geständniß inquirirt werden; der Beschuldigte kann aber schon hier, oder vielleicht außergerichtlich ein solches abgelegt haben. Mag dies der Fall seyn oder nicht, so muß er in dem Hauptverfahren, und zwar gleich nach der Verlesung der Anklageschrift immer befragt werden, ob er guilty (schuldig) oder not guilty (nicht schuldig) plädiren, d. h. ob er bekennen, oder nicht bekennen, also letzterenfalls es auf eine Ueberweisung ankommen lassen wolle. Hiernach sind zwei Fälle zu unterscheiden: 1) der Angeklagte entscheidet sich für „nicht schuldig", hat aber vor-

---

31) Rüttimann a. a. O. S. 20, 22, 71, 79 fg. Mittermaier Strafverfahren II. §. 155. Derselbe: über den *Gesetzesvorschlag*, gegen den geständigen Angeklagten kein *schwurgerichtliches* Verfahren eintreten zu lassen, in Jagemann's Gerichtssaal Th. 1. Abth. 1. S. 431 fg.

her, sey es gerichtlich oder außergerichtlich, seine Schuld eingestanden. Dann bringt der Kläger dies natürlich vor den Geschwornen zur Sprache. Entweder kann dann der Angeklagte nachweisen, daß er durch rechtswidrige Mittel, z. B. Drohungen, Versprechungen rc. dazu verleitet worden sey, dann fällt das frühere Bekenntniß als unbeweisend hinweg. Oder er kann diesen Beweis nicht führen, und das Bekenntniß liegt durch die Acten der Voruntersuchung, oder durch Urkunden oder Zeugen als erwiesen gegen ihn vor; dann hängt es von den Geschwornen ab, welchen Beweiswerth sie demselben beilegen wollen. Da aber im Allgemeinen in England kein günstiges Vorurtheil für Bekenntnisse besteht, so sind die Geschwornen viel geneigter, jedem den Glauben desselben schwächenden Umstande ein größeres Gewicht beizulegen, als dies in Deutschland und in Frankreich der Fall ist, wo der vor der Jury geständige Angeklagte nicht anders als der nicht geständige behandelt, mithin nach vorgängiger Verhandlung der Sache dem Verdict der Geschwornen unterworfen wird. 2) Der Angeklagte entscheidet sich für „guilty", d. h. für ein Bekenntniß der Schuld, mag er dieses schon vorher abgelegt haben, oder sich jetzt erst dafür entscheiden, sey es aus Gewissensregung oder weil er sich eine mildere Beurtheilung versprechen darf. Nicht selten kommt es nämlich vor, daß durch Vermittlung der Advocaten der eines schwereren Verbrechens Angeschuldigte sich zu einem Bekenntnisse vor der Jury für geneigt erklärt, wenn der Ankläger ihm dagegen zusagt, die Anklage auf ein minder schweres Verbrechen, z. B. auf einfachen Diebstahl statt auf qualifizirten zu stellen. Dies kommt bei öffentlichen Anklägern vor, welche, wenn sie ein besonderes Interesse daran haben, daß der Angeklagte nicht freigesprochen werde, gegen das Versprechen des Eingeständnisses die *Zusicherung geben*, daß die Sache keine weitern Folgen

haben werde; was den Sinn hat, daß im Falle der Verurtheilung der Geständige der Begnadigung empfohlen seyn werde. Solche Transactionen, so wenig sie auch zu dem öffentlichen Anklageprocesse passen, sind doch vom Standpunkte des Privatanklageprocesses weniger auffallend. Dennoch wird ein Bekenntniß, weil es die Beurtheilung durch die Jury und die Ueberführung durch den Kläger ausschließt, nicht leicht angenommen. Vorerst muß dasselbe, wenn es beachtet werden soll, protocollirt seyn. Bis dahin steht es also dem Bekennenden immer noch frei, sein Geständniß, und zwar ohne Angabe von Gründen, zurückzunehmen, und dann geht die Sache in den ordnungsmäßigen Gang des Verfahrens über, so daß der Angeklagte vielleicht noch von der Jury, als nicht gehörig überführt, freigesprochen werden kann. Sodann hat sich in England die Praxis gebildet, daß der (vorsitzende) Richter, ehe er das Bekenntniß protocolliren läßt, erst eine Prüfung vornimmt, ob dasselbe die Erfordernisse eines völlig freien, aus dem Bewußtseyn der Schuld hervorgegangenen Bekenntnisses habe. Zu diesem Behuf sucht er namentlich die Veranlassung und das Motiv desselben zu ermitteln, und macht zugleich den Bekennenden auf die schweren Folgen seines Geständnisses aufmerksam; ja er kann ihn, wenn er die That unter mildernden Umständen verübte, um der oft schneidenden Härte des Gesetzes willen, welches auf Milderungsgründe keine Rücksicht nimmt, sogar ermahnen, sein Geständniß lieber zurückzunehmen und es auf eine Ueberführung ankommen zu lassen. Erst wenn der Angeklagte dieser Vorstellungen und Mahnungen ungeachtet auf seinen Erklärungen beharrt, wird er zurückgeführt und dann am Schlusse der Assise durch den Richter das Strafurtheil gegen ihn gefällt. Man hat diese Aengstlichkeit häufig für übertrieben und selbst für des Richters unwürdig erklärt. Allein es

liegt doch eine Wahrheit darin, daß nur wenn das Motiv des Bekenntnisses klar vorliegt, und der Angeklagte wiederholt auf die Folgen seines Schritts aufmerksam gemacht ist, der zur Glaubwürdigkeit des Bekenntnisses erforderliche animus confitendi nicht bezweifelt werden kann. Oder worin liegt der Grund der so häufigen Widerrufe von Bekenntnissen im Inquisitionsproceß wohl anders, als daß es entweder an dem rechten Motive des Bekennens fehlt, oder daß der Bekennende zu spät die Folgen seines Schritts bedachte, oder daß beides zugleich zusammentrifft? Hiezu kommt noch, daß, wie schon bemerkt wurde, das englische Verfahren eine Verification des Bekenntnisses, wie sie der deutsche Inquisitionsproceß verlangt, nicht zuläßt, und daß vom Standpunkte des Anklage- insbesondere des Privatanklageprocesses das Bekenntniß immer als etwas Ungewöhnliches, als eine Abweichung von der Regel erscheint. Es ist kein eigentliches Beweismittel, sondern es erspart nur dem Kläger die Mühe des Beweises.

Indeß ist Mittermaier der Ansicht, daß die Ausschließung der Geschwornen bei dem not guilty Plädiren nicht sowohl auf inneren Gründen, als vielmehr auf der geschichtlichen Ausbildung der Jury in England beruhe, indem die Geschwornen erst nach und nach aus Zeugen zu einer Art Schöffen geworden seyen; ja daß diese Einrichtung geradezu dem Geiste des Geschwornengerichts, der wahren Bedeutung des Bekenntnisses und dem obersten Grundsatze des Strafprocesses widerstreite. Allein, wenn es auch bedenklich scheinen mag, diese Einrichtung des englischen Rechts mit dem wesentlich verschiedenen französischen Anklageproceß zu verbinden, wie dies in Preußen und in Württemberg geschehen ist[32]), so kann ihr doch die

32) K. Preuß. Gesetz v. 4. Jan. 1848 §. 98. Württemb. Gesetz über die Schwurgerichte v. 14. August 1849 Art 90.

innere Consequenz nicht streitig gemacht werden. Schon in dem alt-germanischen Criminalproceß bis zu Karl dem Großen und nach demselben galt der Grundsatz: wenn der Angeklagte gesteht, so richtet er sich selbst, ist daher zu verurtheilen. Denn das Gericht ist nur dazu da, um über bestrittene Thatumstände zu entscheiden, und wenn es dieselben zum Nachtheil des Beklagten als wahr annimmt, rechtliche Folgen daran zu knüpfen. Besteht daher kein Streit unter den Parteien über die Thatfrage, und ist diese den Geschwornen, die Rechtsfrage dagegen dem Richter zur Entscheidung überwiesen, so können die Geschwornen gar nicht in den Fall kommen, über schuldig oder nicht schuldig zu erkennen, müssen es daher lediglich dem Richter überlassen, die Strafe des Gesetzes gegen den geständigen Angeklagten auszusprechen. Und darin liegt auch keine Gefahr, da in England weder in dem Vor- noch in dem Hauptverfahren irgend eine Spur von inquisitorischen Tendenzen besteht, und der Richter, ehe er das Geständniß annimmt, dem Angeklagten Gelegenheit genug zur Zurücknahme desselben giebt. Beharrt er aber nichts desto weniger darauf, so kann man sich nicht nur auf die Wahrhaftigkeit desselben vollkommen verlassen, sondern es würde selbst widersprechend seyn, die Geschwornen erst darüber entscheiden zu lassen, ob ihn sein Gewissen recht gerichtet habe? Nur der Inquisitionsproceß konnte und mußte, weil er alle Hebel in Bewegung setzte, um von dem Angeschuldigten ein Bekenntniß zu erzwingen, sich eine sorgfältige Prüfung seines Beweiswerths in dem einzelnen Falle vorbehalten, wodurch er sich aber nicht zum Beurtheiler des Gewissens des Angeschuldigten, sondern nur der Legalität der Mittel, durch welche das Bekenntniß erwirkt worden war, aufwarf. Und so verhält es sich auch nach französischem Rechte, in welchem die inquisitorischen Elemente auf

eine Weise vorherrschen, daß den Geschwornen die Entscheidung über die Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit des vor ihnen, und vielleicht schon in der Voruntersuchung abgelegten Bekenntnisses nicht entzogen werden konnte, ohne den Angeklagten wahrhaft zu gefährden. Daher paßt denn auch die Aneignung des englischen guilty Plädirens in dem Württembergischen und dem Preußischen Schwurgerichtsgesetz nicht zu dem Ganzen, während dasselbe mit dem englischen Verfahren vollkommen harmonirt, ja unentbehrlich ist.

Eine eben so consequente Durchführung des Anklageprinzips in dem Hauptverfahren zeigt sich darin, daß die englischen Gesetze die Beweisführung in die Hand der Parteien legen, weil sie es sind, welche die Gefahr des Processes auf sich nehmen und Niemand besser als sie instruirt seyn kann, die Mittel des Angriffs und der Vertheidigung zu wählen, endlich die Stellung des vorsitzenden Richters dadurch an Unparteilichkeit gewinnt. Der Gang des Verfahrens ist in Kürze folgender [33]). Hat der Angeklagte nach Verlesung der Anklageschrift erklärt not guilty zu plädiren, d. h. will er es auf eine Ueberführung ankommen lassen, so ergreift zunächst der Rechtsbeistand (Advocat) des Anklägers das Wort, bezeichnet kurz die Hauptmomente der Anklage, und die Art und Weise wie er den Beweis derselben zu führen beabsichtigt. Dann producirt er seine Beweismittel, namentlich ruft er die von ihm vorgebrachten Zeugen einzeln auf und verhört dieselben, unter ihnen zuerst den Ankläger (indem dieser seine Fähigkeit als Zeuge aufzutreten nach englischen Gesetzen nicht verliert, §. 1), und dann die übrigen Zeugen in derjenigen Ordnung und Reihenfolge, wie sie ihm am zweck-

33) Rüttimann a. a. O. S. 75 fg. Mittermaier l. c. II. §. 155.

mäßigsten dünkt. Zugleich hört er, wenn es deren bedarf, die Sachverständigen ab, producirt Urkunden, kurz benutzt alle ihm zu Gebot stehende Beweise, welche zur Ueberweisung des Angeklagten dienen können. Nach Abhörung jedes einzelnen Belastungszeugen steht es aber dem Rechtsbeistande (Advocaten) des Angeklagten frei, seinerseits gewisse Fragen an den Abgehörten zu richten; eine Befugniß, welche zu ihrer Instruction auch den Geschwornen und dem vorsitzenden Richter zukommt. Sind diese Verhöre und Kreuzverhöre beendigt, so ruft seinerseits der Vertheidiger des Angeklagten die von ihm vorgebrachten Schutz- oder Entlastungszeugen einzeln auf, und verhört dieselben in der ihm zweckmäßig scheinenden Reihenfolge, wobei wieder dem Rechtsbeistande des Anklägers das gleiche Recht des Kreuzverhörs zusteht. Somit sind es die beiderseitigen Advocaten, in deren Hand die Beweis- und Gegenbeweisführung liegt, und nur wenn die eine oder andere Partei keinen Advocaten haben sollte, vertritt der vorsitzende Richter[34]) die Stelle desselben. Nach Beendigung des Beweis- und Gegenbeweisverfahrens wird der Vertheidiger noch zu einer Schutzrede zugelassen, die sich auf die Nachweisung, daß es an dem zur Schuldigerklärung genügenden Beweise fehle, beschränkt. Seltener wird von Seiten des Anklägers eine Rede gehalten. Jedenfalls gebührt dem Angeklagten das letzte Wort. Hierauf spricht der Richter den Schluß der Verhandlungen aus, knüpft daran geeignetenfalls Belehrungen über Rechtsfragen, bringt den Geschwornen die law of evidence in Erinnerung, wiederholt die wichtig-

34) In der Regel leitet nur Ein Richter die Verhandlungen, wie bei den deutschen Schöffengerichten, in Frankreich dagegen ein Richtercollegium, anfangs aus fünf, jetzt nur aus drei Richtern bestehend. So auch nach dem württemb. Schwurgerichtsgesetz, Art. 37.

sten Zeugenaussagen, die er zur Unterstützung seines Gedächtnisses sich während der Abhörung kurz notirt, und fordert dann die Geschwornen auf ihr Verdict abzugeben.

So wenig auch die deutschen Advocaten nach ihrer bisherigen Bildung und Stellung zu den Gerichten geeignet wären, solche Verhöre [35]) und Kreuzverhöre (cross-examinations) mit Gewandtheit und Geschick abzuhalten, so darf man doch nicht vergessen, daß auch die englischen Advocaten ihre Meisterschaft darin erst durch Uebung erlangt haben. Allerdings wird es bei Kreuzverhören mitunter darauf angelegt, die gegnerischen Zeugen durch indiscrete, zweideutige und captiöse Fragen in Verwirrung zu bringen, sey es um den Inhalt ihrer Aussagen anzugreifen, oder um ihre persönliche Glaubwürdigkeit zu verdächtigen. Allein der englische Zeuge läßt sich dadurch nicht leicht außer Fassung bringen. Er weiß, wie weit das Recht der Fragestellung geht, und verweigert daher die Antwort auf solche Fragen [36]). Nöthigenfalls nimmt sich seiner auch der Advocat an, und selbst der Richter kann solchen Fragen von Amts wegen entgegentreten, weil die Zeugenpflicht eine zu wichtige staatsbürgerliche Pflicht ist, als daß sie durch unwürdige Vexationen erschwert, oder zu Förderung einseitiger Parteiinteressen mißbraucht werden dürfte. Eben so sind Suggestivfragen bei den Hauptverhören, untersagt, hingegen bei den Kreuzverhören zulässig. Auch hier kann der vorsitzende Richter von Amts wegen dazwischen treten. Somit tritt das englische Recht genügend etwanigen, obendrein nicht einmal häufigen

---

35) Hauptverhöre, examinations in chief genannt.

36) z. B. wenn er über ein Verbrechen befragt wird, welches er selbst begangen haben soll, oder über eine Thatsache, die ihm zur Schande gereichen würde, oder wenn es vorwitzige oder überflüssige (irrelevante) Fragen sind.

Mißbräuchen entgegen, welche aus der Selbstabhörung der Zeugen entspringen können; und wenn auch dieser Schutz kein vollkommener ist, so möchte man fragen, ob denn nach der französischen Einrichtung, welche die Beweisführung in die Hand des Assisenpräsidenten unter Mitwirkung des Generalprocurators legt, weniger Mißbräuche in dieser und in andern Richtungen, namentlich hinsichtlich der Abhörung des Angeklagten, zu besorgen sind? „Wenn man, bemerkt Dr. Elben[37]), die Wirkung solcher Verhöre und Kreuzverhöre in den englischen Gerichtssälen miterlebt hat, so weiß man zu ermessen, wie ungenügend dagegen die französische Einrichtung durch den Wechsel der verhörenden Personen, durch die wirksame Controle, welche der zum Kreuzverhör gerüstete Gegenanwalt ausübt, durch die eigne Abhörung der vorgebrachten Zeugen, deren für die Sache sprechende Wissenschaft der eigne Anwalt am besten kennt und zur Aussage bringen kann, endlich und insbesondere durch die Verhöre, mittelst welcher der Angeklagte selbst am wirksamsten führen kann, entsteht jenes lebenvolle, klare, anschauliche, recht eigentlich mündliche Drama, welches dem englischen Verfahren so eigen ist. Es entsteht dadurch jene durch und durch gehaltvolle, praktische, auf die Sache zielende Thätigkeit der englischen Anwälte, welche in dem Bestreben, durch die Verhöre den Beweis beizubringen, hervortritt, während die Nebenstellung, welche in Frankreich die Parteien, insbesondere der Vertheidiger während der Verhöre einnehmen, sie nöthigen, sich in langen Reden nach den Verhören, und damit oft in unnützen Wortschwall und hohlen Pathos zu ergehen." Giebt man den Parteien selbst die Beweis-

37) Zur Einführung der Schwurgerichte in Deutschland, Beobachtungen aus den Gerichtssälen Frankreichs, Englands rc. 1848. S. 24, 35 fg., 46 – 49.

führung in die Hand, so können sie dadurch ihrer Sache weit mehr und sicherer nützen, als durch weitläufige Reden und Gegenreden, denen ohnehin durch das Resumé des Präsidenten die Spitze abgebrochen werden kann.

Hiernach läßt sich das Ergebniß der bisherigen Betrachtungen kurz dahin zusammenfassen, daß, wie die englische Voruntersuchung, so auch, und eben deshalb, das englische Hauptverfahren auf einer vollen, reinen und consequenten Durchführung des Anklageprinzips beruht. Umgekehrt, je mehr die französische Voruntersuchung auf dem inquisitorischen Prinzipe beruht, um so gewisser wird darauf gezählt werden können, daß dieses Prinzip auch bei dem Hauptverfahren hervortreten werde, und dieser Beweis ist leicht geführt.

Das Verfahren ist im Wesentlichen folgendes. Nachdem der Assisenpräsident oder das von ihm zum Stellvertreter ernannte Mitglied des Gerichshofs, den Angeklagten schon in der instruction intermédiaire vernommen hat, was aber nach dem Obigen eine bloße Formalität ist, wird derselbe gleich nach Eröffnung der öffentlichen Sitzung von dem Präsidenten nach seinen Personalien, d. h. nach seinem Vor- und Zunamen, seinem Alter, Gewerbe, seiner Wohnung und seinem Geburtsort befragt (Art. 310). Hierauf erinnert der Präsident den Vertheidiger, nichts gegen sein Gewissen oder gegen die den Gesetzen schuldige Achtung vorzubringen, und sich mit „Anstand" und Mäßigung auszudrücken (Art. 311) — was ganz an die Mahnungen der deutschen Proceßordnungen erinnert, und trefflich zum Ganzen paßt, weil der Vertheidiger leicht in den Fall kommen könnte, seinem Unmuth über die inquisitorischen Tendenzen und die Verkümmerung des Rechtsschutzes seines Clienten den Lauf zu las-

sen, wenn er nicht von vorn herein gewarnt wurde [38]). Nachdem hierauf die Beeidigung der Zwölfmänner stattgefunden, erinnert (Art. 313) der Präsident den Angeklagten, auf das was er jetzt hören werde, aufmerksam zu seyn. Eine überflüssige Mahnung! Denn das Verweisungsdecret und die Anklageacte, die jetzt von dem Gerichtsschreiber mit lauter Stimme (à haute voix) verlesen werden, kennt er längst. Die Verlesung der Anklageacte hat außer dem allgemeinen Zweck, die Geschwornen, die Richter und das Publicum mit dem Gegenstande der Anklage im Allgemeinen bekannt zu machen, noch ihre besonderen Zwecke. Vorerst wird dadurch dem Staatsanwalt Gelegenheit gegeben, alle in der schriftlichen Voruntersuchung gelegenen Anschuldigungsgründe, welche eigentlich gar nicht vor die Geschwornen gehören, durch Aufnahme derselben in die Anklageacte zum Gegenstande mündlicher Verhandlungen zu machen, indem er dieselben später für seine mündlichen Vorträge benutzt, den Angeklagten darüber befragt ꝛc., z. B. wenn derselbe jetzt läugnet, während er in der Voruntersuchung geständig war, indem die Geschwornen nicht gehindert sind ihr Schuldig auch auf außergerichtliche Bekenntnisse zu gründen. Da ferner die Anklageacte sich auf die Aussagen der in der Voruntersuchung abgehörten Zeugen stützt, so werden auch diese durch die Verlesung der Anklageschrift an ihre früheren Aussagen, mithin vor Abweichungen, Zusätzen oder Veränderungen in der mündlichen Abhörung gewarnt. Diese besondern Zwecke hat die Verlesung der Anklageacte, verfehlt sie aber nicht selten dadurch, daß sie zu weitläufig ist, so daß Geschworne, Richter, Zeugen und Publicum sich herzlich nach dem Ende dieses Acts

---

38) In dem württemb. Schwurgerichtsgesetz wurde diese Warnung gestrichen.

sehnen — was den deutschen Staatsanwälten zur Warnung dienen kann. Nach Beendigung dieses Acts richtet der Präsident wiederum das Wort an den Angeklagten, indem er ihn (also nochmals!) an das erinnert, was in der Anklageacte enthalten ist, und hierauf zu ihm spricht (Art. 314): „Das ist es, wessen ihr angeklagt seyd; jetzt sollt ihr die Beweise und Anzeigen vernehmen, welche gegen euch vorgebracht werden." Dies scheint eher eine Mahnung an die Geschwornen seyn zu sollen, weil der Angeklagte keiner doppelten Erinnerung dessen, was er schon längst weiß, bedarf. Allein eine solche Mahnung geht vielmehr von dem Generalprocurator aus, welcher sich jetzt (Art. 315) an die Geschwornen wendet, ihnen den Gegenstand der Anklage auseinandersetzt, sie darauf aufmerksam macht, worauf es von ihrem Standpunkt bei Beurtheilung der Sache hauptsächlich ankomme, auf was sie daher ihre Aufmerksamkeit besonders zu richten haben. Zugleich empfiehlt er ihnen das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft und des Gesetzes, und schildert den Angeklagten hier oft schon mit den schwärzesten Farben. Unter diesem Eindruck des Bestürmens entwickelt sich das Beweisverfahren vor den Augen der Geschwornen. Nachdem der Generalprocurator dem Präsidenten die Liste der auf sein, oder des Civilklägers, oder des Angeklagten Ansuchen zu verhörenden Zeugen übergeben hat, und diese vom Gerichtsschreiber à haute voix verlesen worden, nimmt der Präsident die Beweisführung in die Hand. Zunächst läßt er die Zeugen abtreten, dann einzeln zur Vernehmung wieder eintreten, und zwar werden dem Prinzipe der Anklage gemäß zuerst die Belastungs-, und dann die Entlastungszeugen vernommen. So steht es wenigstens im Code; allein in der Wirklichkeit wird es oft ganz anders gehalten, indem das erste Verhör mit einer ausführlichen Vernehmung des Angeklagten über die in der

Anklageacte zusammengestellten, oder sonst [39]) erlangten Verdachtsgründe beginnt, also förmliche Spezialverhöre mit demselben abgehalten werden; und wenn Mitangeklgte da sind, so werden diese eben so vernommen, und weichen sie in ihren Aussagen wesentlich von einander ab, so wird sofort zu einer Confrontation derselben geschritten. Der Code konnte und wollte nämlich den Präsidenten eben so wenig an eine bestimmte Reihenfolge der processualischen Handlungen binden, wie der Inquisitionsproceß den Untersuchungsrichter an eine solche bindet, und da es im Art. 319 Abs. 3 heißt, daß der Präsident „von dem Angeklagten (zu jeder Zeit) alle Aufschlüsse fordern darf, die er zur Entdeckung der Wahrheit für nöthig hält", so steht es ihm vollkommen frei, die Verhöre mit dem Angeklagten selbst zu eröffnen. Das württembergische Schwurgerichtsgesetz drückt dies (mit andern deutschen Gesetzen) bestimmt aus, indem es im Art. 122 dem Präsidenten sogar vorschreibt, die Verhandlungen mit einer solchen Spezialinquisition zu eröffnen. Es heißt dort: „Der Präsident durchgeht mit ihm (dem Angeklagten) den wesentlichen Inhalt des (verlesenen) Anklageacts, und macht ihn insbesondere auf Abweichungen zwischen seinen jetzigen und früheren Aussagen aufmerksam." So unschuldig auch hier der Ausdruck „durchgeht" lautet, so ergiebt sich doch aus den Worten „jetzigen Aussagen" und dem vorausgesetzten „Widerspruch" mit seinen früheren Aussagen, daß es hier nicht auf eine bloße, ohnehin überflüssige Recapitulation der Anklageacte abgesehen ist, sondern auf ein förmliches Inquiriren über dieselbe. Die zweite Spezialinquisition beginnt nach Art. 125 Abs. 1 eben dieses Gesetzes (wie nach dem Code Art. 219 Abs. 1), während der Abhörung der

39) in der Zwischeninstruction.

Belastungszeugen, und schließlich giebt der Abs. 3 dem Präsidenten das Recht (Code Art. 219 Abs. 3), sein Inquiriren bei jeder ihm günstig scheinenden Gelegenheit fortzusetzen. Ist hiernach nicht der Präsident der leibhaftige deutsche Inquirent, nur daß er offen treibt was letzterem heimlich zu thun angewiesen ist?

Geht es zur Vernehmung der Belastungszeugen über, so soll der Präsident (Art. 219 Abs. 1 des Code) nach jeder Aussage (après chaque déposition) den Zeugen befragen, ob er bei seinen Aussagen den anwesenden Angeklagten meine (was freilich nicht bei allen Aussagen möglich ist), und dann an letzteren die Frage richten: ob er auf das, was so eben gegen ihn vorgebracht worden sey, antworten wolle? In sofern besteht zwar für den Angeklagten keine Nöthigung zur Antwort, sondern man will ihm nur Gelegenheit geben, sich gegen die einzelnen Verdachtsgründe [40]) auf der Stelle zu rechtfertigen. Allein was ist diese Aufforderung in der Sache wohl anders als ein Inquiriren über Spezialitäten, ähnlich dem Verfahren des deutschen Inquirenten, dem läugnenden Angeschuldigten nach und nach die einzelnen Verdachtsgründe vorzuhalten, um ihn durch das Gewicht derselben wo möglich zu einem Bekenntniß zu veranlassen, oder neue Verdachtsgründe auf ihn zu häufen. Das Verstummen des Angeklagten, seine Verlegenheit, sein Blaßwerden oder sein Erröthen, sein Zögern und Zagen, kurz sein ganzes Benehmen, Lügen und Widersprüche, welche die Verlegenheit ihm eingiebt, sind in den Augen der Geschwornen oft die wichtigsten Ueberführungsmittel so vei-

40) Après chaque déposition heißt nicht: nachdem der Zeuge vollständig vernommen ist, sondern nach jeder einzelnen, durch den Präsidenten an ihn gerichteten Frage, so daß dieses Verfahren eigentlich eine fortgesetzte Confrontation des Angeklagten mit dem Zeugen ist.

nigend auch solche schonungslosen Inquisitionen oft für das zahlreich versammelte Publicum sind, und mitunter selbst auf die Geschwornen den entgegengesetzten Eindruck hervorbringen. Denn der Präsident (und mit ihm der Staatsanwalt) treibt die Sache oft bis zu einer tortura spiritualis, und erregt dadurch auch den Unwillen der Geschwornen. Ja der Angeklagte, an den solche Fragen nach jeder Aussage des Zeugen gerichtet werden, hat nicht einmal das Recht zu seiner Vertheidigung geradezu Fragen an den abgehörten Zeugen zu stellen, sondern er muß sich dazu (Art. 319 Abs. 2) des Organs des Präsidenten bedienen, damit dieser erst die Zulässigkeit der Frage prüfen könne, und zugleich nicht zu oft von diesem Rechte Gebrauch gemacht werde; denn sich durch eine Mittelsperson mit einer anwesenden Person in einer beiden Theilen verständlichen Sprache zu unterhalten, ist eine neue Art der Dolmetscherei, von deren Anwendung man ihres Zwanges und ihrer Unnatur wegen nur möglichst selten Gebrauch machen wird, und außerdem steht es dem Präsidenten frei, die ihm mitgetheilte Frage zurückzuweisen. Dagegen giebt derselbe Artikel (319 Abs. 4) dem Staatsprocurator — also der Partei, aber dem Beamten! — so wie zu ihrer Instruction den beisitzenden Assisenrichtern und den Geschwornen das Recht der directen Fragstellung an die Zeugen und den Angeklagten, nachdem sie zuvor den Präsidenten um das Wort gebeten haben, welches dieser ihnen nicht verweigern darf, weil er nicht wissen kann, was sie fragen werden. Diese rechtliche Ungleichheit des Parteienverhältnisses (und man weiß, wie der Generalprocurator durch lebhafte Theilnahme an der Vernehmung der Zeugen und des Angeklagten den Präsidenten im Sinne der Anklage zu unterstützen pflegt) kann unmöglich Aufklärung und Förderung der Wahrheit zum Zweck haben, so viel auch der Code die manifestation de la vérité im

Munde führt, sondern ist offenbare Begünstigung eines Parteiinteresses! Auch dem Präsidenten, heißt es im Art. 319 Abs. 3, steht es frei, von den Zeugen und den Beklagten alle Aufschlüsse zu fordern (demandor), welche er zur Entdeckung der Wahrheit für nöthig hält. Hinsichtlich der Zeugen, deren Abhörung ganz in seine Hand gegeben ist, versteht sich dies von selbst; er kann daher nöthigenfalls dieselben Zeugen noch einmal vernehmen, sie untereinander confrontiren &c., aber er soll auch von dem Angeklagten alle Aufschlüsse fordern können, welche ihm zur Aufklärung der Sache dienlich sind. Diese Fragen scheinen von anderer Art zu seyn, als die nach jeder Abhörung des Zeugen: ob er (der Angeklagte) darauf antworten wolle? d. h. hier soll er Rede und Antwort stehen — obwohl man ihn nicht zwingen kann den Mund aufzuthun, wenn er nicht will. Kurz dort handelt es sich von s. g. Vertheidigungs-Fragen, hier dagegen von Wahrheitserforschungs-Fragen, mit welchen nach dem Obigen der Assisenpräsident oft die Verhöre beginnt, indem er mit dem Angeklagten „den Inhalt der Anklageacte durchgeht." Wie oft dabei captiöse und suggestive Fragen, nicht nur einzeln, sondern in ganzen Reihenfolgen mit unterlaufen [41]), ist aus den Annalen der französischen Schwurgerichte bekannt genug. Man nimmt aber in Frankreich keinen Anstoß daran. Denn der Code enthält keine derartigen Verbote für den Assisenpräsidenten, sondern läßt ihn schalten und walten, wie er will.

Mit dieser amtlich-inquisitorischen Thätigkeit des Präsidenten, und des ihn in dieser Richtung treulich unterstützenden Generalprocurators, steht in naher Beziehung die s. g. discretionäre Gewalt (pouvoir discré-

---

41) Ein monströses Beispiel theilt Jagemann's Gerichtssaal Th. 1. Abth. 1. S. 243 mit.

tionaire), d. h. das dem Präsidenten verliehene Recht, über die Production der Parteien hinaus, in der öffentlichen Verhandlung Alles vorzunehmen, was ihm, sey es zum Nachtheil oder zum Vortheil des Angeklagten, zu Ermittelung der Wahrheit dientlich scheint. Le président, heißt es im Art. 281, est investi d'un pouvoir discretionnaire, en vertu duquel il pourra prendre sur lui *tout* ce qu'il croira *utile* pour découvrire la vérité; et la loi *charge son honneur et sa conscience* d'employer tous ses efforts pour en favoriser la manifestation. Also auch hier wieder ein schrankenloses Recht, dessen Ausübung dem Präsidenten zur Gewissenspflicht und zum Ehrenpunkt gemacht ist. Damit wird er ganz auf den Standpunkt eines deutschen Untersuchungsrichters gestellt, dem das Gesetz die freie Macht in die Hand giebt, die Wahrheit, und nur die Wahrheit, durch alle ihm zweckmäßig scheinenden Mittel zu Tage zu fördern. Vermöge dieser Gewalt darf z. B. der Präsident neue Sachverständige in die Sitzung vorladen und abhören, ein neues Gutachten von andern Experten verlangen, durch eine Commission eine Localinspection vornehmen und darüber berichten lassen, oder sich mit Richtern und Geschwornen an Ort und Stelle begeben, um selbst die Besichtigung vorzunehmen, was um so häufiger vorkommt, je oberflächlicher die französischen Voruntersuchungen hinsichtlich der Constatirung des Daseyns des Verbrechens (des objectiven Thatbestandes) zu seyn pflegen. Insbesondere aber darf er vermöge dieser Gewalt neue Zeugen vorrufen und abhören, d. h. solche, die sich nicht auf der Zeugenliste befinden, gleichviel ob fähige oder unfähige, weil sie nicht beeidigt werden dürfen, und nicht als Beweiszeugen, sondern nur zur Instruction (renseignement) dienen sollen. In dieser Beziehung läßt sich aber den Geschwornen eben so wenig etwas vorschreiben, als es ein-

leuchtend ist, daß wenn solche Zeugen Belastungszeugen sind, der Angeklagte selten in der Lage seyn wird, sich dagegen zu vertheidigen. Auch das Verlesen von Aussagen inzwischen verstorbener Zeugen, oder von Zeugen, die nicht herbeigeschafft werden konnten, und vieles Andere, kann der Präsident vermöge seiner discretionären Gewalt anordnen, so unverträglich dies Alles auch mit der Form der Anklage ist, welche überhaupt im französischen Verfahren nur äußerlich hervortritt, innerlich aber nicht gewahrt ist.

Nach Abhörung der beiderseitigen Zeugen, des Angeklagten und der etwanigen Sachverständigen, Production und Recognition der vorhandenen Urkunden, Verlesung der Ortsbesichtigungsprotocolle, Gutachten der Sachverständigen ꝛc. und Vorzeigung der vorhandenen Ueberführungsstücke, kurz nach Beendigung des Beweisverfahrens, beginnt das Deductionsverfahren, d. h. es werden Salvations- und Impugnationsreden gehalten. Zunächst ist es die Staatsbehörde, welche in logisch geordnetem Vortrage das Vorhandenseyn sämmtlicher Requisite der angeklagten That und deren genügenden Erweis, unter Zurückweisung und Bekämpfung der vorgebrachten Schutzgründe nachzuweisen hat, sich aber dabei nicht selten in rhetorische Floskeln, pathetische Uebertreibungen und Appellationen an das Gefühl der Geschwornen verliert, wodurch der Vertheidiger seinerseits zu ähnlichen Gefühlsbearbeitungen genöthigt wird. Kann auch ein solches Appelliren an das Gefühl der Richter nie ganz vermieden werden, ja erscheint es als ein unverkennbarer Vorzug vor dem bisherigen geheimen schriftlichen Verfahren, daß hier nicht blos die criminelle, sondern zugleich die menschliche Seite der That zur Sprache kommt, weil der Richter in dem Angeklagten nicht blos den Verbrecher sehen, sondern in ihm auch den Menschen so weit berücksichtigen soll,

als dies nach Maaßgabe der bestehenden Gesetze möglich ist, so sind doch solche rhetorische Ergießungen, wie sie in Frankreich nur zu oft die Stelle logisch geordneter Deductionen vertreten, ein wahrer Mißbrauch zu nennen. Besonders hervorzuheben ist aber, daß erst nach diesen ununterbrochenen Angriffen auf den Angeklagten — der Verlesung der Anklageacte — dem Vortrag des Assisenpräsidenten über dieselbe — dem weiteren Vortrage der Staatsbehörde darüber — den mit dem Angeklagten abgehaltenen inquisitorischen Verhören, und der Salvationsrede der Staatsbehörde — dem Vertheidiger das Wort gegeben wird, worauf es dann weiter unter den Parteien zum Repliciren und Dupliciren ꝛc. kommen kann.

Dem Vertheidiger gebührt zugleich nach Art. 335 das letzte (und zugleich erste) Wort. Dies heißt aber nur, daß nach ihm die Staatsbehörde keinen weiteren Vortrag halten darf. Denn nachdem der Präsident den Schluß der Debatten ausgesprochen hat (que les débats sont terminés), folgt jetzt das Resumé desselben, d. h. eine die Ergebnisse der Verhandlungen zusammenfassende Schlußrede des Assisenpräsidenten. Darüber sagt Art. 336: Le président résumera l'affaire. Il fera remarquer aux jurés les principales preuves pour ou contre l'accusé. Il leur rappellera les fonctions qu'ils auront à remplir. Hiernach soll der Schlußvortrag nur geschichtlich und unparteiisch seyn, und es kann auch der Art. 267 nicht dazu benutzt werden, um dem Präsidenten die Befugniß einzuräumen, seine eigne Ansicht über die verhandelte Sache auszusprechen [42]). Mag aber die Zusammenstellung des Factischen und der Beweise noch so einseitig und parteiisch gegen den Angeklagten ausgefallen seyn, so steht dem Vertheidiger eben so wenig eine Widerrede dagegen zu, als

---

42) Daniels a. a. O. S. 185.

gegen die dem Präsidenten allein überlassene Stellung der Fragen an die Geschwornen.

Alle diese Inconsequenzen, Ungerechtigkeiten und Unbilligkeiten stehen noch jetzt in dem französischen Verfahren fest, weil sie nicht die politische Seite des Instituts betreffen, auf welche allein sich alle bisherigen Reformen des Code zurückführen lassen. Nun haben zwar die deutschen Schwurgerichtsgesetze im Einzelnen nachgeholfen, indem sie den Vertheidiger nach dem ersten Vortrage der Staatsbehörde zu einem Gegenvortrag zulassen, ihm das Recht der directen Fragstellung an die Zeugen geben, so wie das Recht des Widerspruchs, wenn der Präsident neue Thatsachen in das Resumé aufnimmt, oder die Fragen an die Geschwornen nicht richtig stellt. Allein das inquisitorische Element herrscht in den deutschen Gesetzen eben so wie im französischen Rechte vor, während das englische Verfahren allein auf wahrer Anklageschaft, d. h. nicht blos der Form, sondern auch dem Wesen nach beruht. Dies fällt um so mehr in das Gewicht, als die englische Jury (wenigstens die Anklagejury) aus einer inquisitorischen Einrichtung, nämlich aus den alten Rügegerichten, hervorgegangen ist. Aber gerade diese Bildung der Geschwornengerichte (zunächst der Entscheidung durch die patria) um die Zeit der Entwickelung des canonischen Inquisitionsprocesses verhinderte das Eindringen des letzteren in die englischen Gerichte, so daß selbst einige Versuche Heinrichs VII, den canonischen Inquisitionsproceß einzuführen, an dem einmal Bestehenden und Befestigten scheiterten.

XVI.

Ueber den Hochverrath in seiner allgemeinen Richtung gegen die bestehende Verfassung.

Von

Herrn Dr. T. Brackenhoeft,

Privatdocenten in Heidelberg.

(Beschluß von Nr. XII. im zweiten Hefte.)

§. 9.

Die Gesetze anderer constitutioneller Länder stehen indeß in der Allgemeinheit der Fassung dem preußischen Landrechte gleich. So heißt es im Strafgesetzbuche des Königreichs Sachsen, und ebenfalls in denen von Weimar, Altenburg, Meiningen und Schwarzburg-Sondershausen (Art. 81):

„Wer gegen die Staatsverfassung in der Absicht, dieselbe ganz oder theilweise umzustürzen, einen gewaltsamen [1]) Angriff unternimmt, ist als Hochverräther mit dem Tode zu bestrafen."

1) Zu dem gegen die Person des Monarchen begangenen Hochverrath verlangt das Braunschw. Str. G. nur Vorsatz. Will man darnach den Ausdruck: gewaltsam, mit Häberlin a. a. O. S. 15. 16. so interpretiren, daß er auch List und Betrug in sich faßt, so wird diese Interpretation doch jedenfalls *nicht* auf die direct und allein gegen die Verfassung gerichtete *Begehung* angewendet werden können.

Gewaltthat zur Verwirklichung eines wenn auch nur vermeinten Rechts, für welche es keine Rechtshülfe gibt, ist an sich kein Verbrechen, sofern jenes Recht nur möglich ist. Ein Recht auf Aufhebung oder Aenderung einer Verfassung ist aber mit deren Bestehen unvereinbar. Obgleich also die Begehung des Hochverraths gegen die Verfassung nach diesen Gesetzen Gewaltthat voraussetzt, so ist doch die Richtung gegen die Verfassung hier ein nothwendiges Erforderniß, um der Gewaltthat auch den Charakter erlaubter Eigenmacht zu entziehen, wozu der Mangel der Rechtshülfe im Falle der Möglichkeit des Rechts sie gestalten würde, und diese That absolut und unabhängig von anderen Eigenschaften zum Verbrechen zu qualificiren. Die Verfassung ist hier also selber Gegenstand der Begehung des Hochverraths. Einen gewaltsamen Angriff gegen sie kann man sich indeß nur so denken, daß ein solcher Angriff gegen irgend ein Substrat der äußern Sinnenwelt eine Aufhebung oder Abänderung derselben bezweckt. Darnach fällt jede angreifende gewaltthätige Handlung, welche diesem Zwecke dienstbar ist, unter den Begriff des Hochverraths. Allgemeinen Grundsätzen zufolge muß indeß diese Gewaltthat von der Beschaffenheit seyn, daß sie möglicherweise zu diesem Zwecke führen kann. Denn wenn auch der Versuch ihn zu erreichen das Verbrechen selber schon constituirt [2]), so ist doch selbst zum rechtlichen Daseyn dieses Versuches eine solche Möglichkeit erforderlich [3]). Und

---

2) Dieses Archiv Jahrg. 1847. S. 93 fgg. „Ein Unternehmen, welches in seiner Vollführung im Stande ist, den ruhigen Rechtsbestand des Staats in einem wesentlichen Bestandtheile aufzuheben oder zu gefährden"; fordert Heffter Lehrb. S. 204. Das: „Gefährden", ist indeß mit dem: „im Stande ist aufzuheben", identisch und tritt nur ein, wo das vollführte Unternehmen aufhebt, wenn, wie hier, die zu verwirklichende Absicht eine Aufhebung oder Aenderung ist.

3) Wie beim gemeinrechtlichen Hochverrath, der Majestätsbeleidigung: ebendas. S. 94. 95. Not. 5—7. S. 96. Not. 9. 10.—

daß hier nicht der bloße Entschluß der Begehung den Hochverrath selber begründet, zeigt sich eben darin, daß ein gewaltsamer [4]) Angriff gefordert wird, und darin, daß diese Gesetze (Art. 84) die Vorbereitung zum Hochverrathe, der auch der Entschluß angehört, vom Hochverrathe absondern. Die Einhaltung der richtigen Gränze zwischen dem Hochverrathe und der Vorbereitung zu demselben wird daher, sobald jener Entschluß auf irgend eine gewaltthätige Weise an den Tag gelegt worden, von einer richtigen Würdigung jener Möglichkeit abhängig, und bei deren Schwierigkeit keineswegs ausreichend gesichert seyn. In sofern aber diese Würdigung stattfindet, werden diese Gesetze mit dem Badischen, und abgesehen von dem Falle der

---

In den Verhandlungen über das Sächsische Str. G. B. wurde indeß von der Deputation der zweiten Kammer die in eine unzweifelhafte Handlung übergegangene Absicht der Strafe des Hochverraths unterworfen erklärt, indem es auf Erfolg nicht ankomme, sondern auf die Gefährlichkeit der Handlung gesehen werden müsse: Weiß Crim. G. B. f. d. Königr. Sachsen II. S. 14. Die Gefährlichkeit fordert aber auch Möglichkeit des Erfolgs. Bloße subjective Gefährlichkeit, auf die das „an potuerit facere" in L. 7. §. 4. D. ad leg. Jul. maj. zu beziehen seyn dürfte, ist aber keine Gefährlichkeit der Handlung.

4) Daß da, wo die Gesetze eine gewaltsame Abänderung der Verfassung als Zweck erfordern, wie das Würtembergische und Darmstädtische bei der Verschwörung, darunter jede verfassungswidrige Abänderung zu verstehen sey (Häberlin a. a. O. II. S. 16. 17), kann man zugeben, ohne daß das Erforderniß der Gewaltanwendung, oder der auf sie gerichteten Absicht, damit beseitigt wird. Denn eine nicht gewaltsam, also durch List, erzwungene Abänderung kann nur gedacht werden, indem sie in der verfassungsmäßigen Form geschieht; und dann kann die Herbeiführung durch List ihr den Charakter der Verfassungswidrigkeit nicht beilegen. Auch die sich in den Gesetzen (das Badische, Braunschweigische und die Sächsischen ausgenommen) findende Behandlung der Verschwörung als Hochverrath berechtigt zur Aufstellung der Regel: daß überhaupt der Hochverrath auch ohne Gewalt begangen werden könne (Häberlin a. a. O.), keineswegs; da die Verschwörung eine eigenthümliche Begehungsart ist.

Verschwörung und des vorhin erwähnten Zwanges gegen die Volksvertretung auch mit den vorhin gleichgestellten Gesetzen, in der Anwendung zu gleich beschränktem Resultate führen. Denn dann erfordert die Begehung des Hochverraths gegen die Verfassung, daß dem Urheber der zu ihrem Zwecke verübten Gewaltthat eine solche Macht zu Gebote oder zur Seite stand, oder doch durch die Gewalt dienstbar oder beihelfend werden konnte, die im Stande war oder gewesen wäre, den beabsichtigten Zweck den Trägern der Verfassung gegenüber aufrecht zu erhalten. — Dies wird aber, ohne Verschwörung und Aufruhr oder Herbeiziehung der Hülfe einer freien Macht und ohne Gewalt gegen die Person des Monarchen, nur unter Hinzutritt der Einwilligung desselben durch Zwang gegen die Volksvertretung der Fall seyn können. Dieser letztere Fall findet unter den Begehungsarten des Badischen Strafgesetzes keinen Platz, da der Volksvertretung eine obrigkeitliche Gewalt fehlt, und daher ein Aufruhr nicht gegen sie begangen wird; und nach den ihm oben gleichgestellten Strafgesetzen würde er nur durch Verschwörung zum Hochverrathe qualificirt werden. Dahingegen fällt er allerdings unter den allgemeinen Begriff des gewaltsamen Angriffs auf die Verfassung.

§. 10.

Was gehört indeß zur Verfassung? Nach dem Umfange des Inhalts der Verfassungsurkunde wird, wo er nicht ausdrücklich als maßgebend dafür erklärt worden, dies doch nicht bemessen werden dürfen. Allerdings zeichnet sich dieser Inhalt vor anderen rechtlichen Normen aus, in sofern eben durch die Aufnahme in jene Urkunde seine Bestandtheile als zur Verfassung gehörig behandelt sind, und er im Wege der gewöhnlichen Gesetzgebung nicht geändert *werden kann*. Indeß besteht der wesentliche innere

Unterschied zwischen einem Gesetze und einer Verfassungssatzung, der allein über eine Verschiedenheit seiner Abänderung entscheiden sollte, darin, daß jenes sofort durch seinen legalen Ausspruch in's Daseyn tritt, ohne daß es einer Anwendung desselben auf bestimmte Subjecte bedarf, während letztere ohne das Daseyn von Trägern der durch sie angeordneten Verhältnisse rechtlich gar nicht existirt [1]). Das Gesetz schafft nur Regeln für noch zu begründende Verhältnisse, die Verfassung dahingegen Verhältnisse, die Regeln zu tragen bestimmt sind, und daher ihre Verwirklichung nicht erst von der Herrschaft dieser Regeln erwarten, sondern unabhängig von deren künftiger Herrschaft bestehen. Alle Bestimmungen einer Verfassungsurkunde, die nicht Gestaltungen der Verhältnisse der Träger der Verfassung, oder der Träger ihrer Verwirklichung, als solcher, sind, d. h. die nicht ihre Befugnisse oder Pflichten in Ansehung der Aufrechthaltung und Verwirklichung der Verhältnisse, aus denen die Verfassung besteht (und die eben keine anderen sind, als die ihrer Träger, feststellen, gehören in die Kategorie jener durch die Verfassung getragenen Regeln. Dahin gehört z. B. die Feststellung der Unabsetzbarkeit der Beamten, die Unveräußerlichkeit der Domainen. Wenn man in der neuern Zeit den Hochverrath auf die Angriffe auf das Wesentliche oder die hauptsächlichen Bestandtheile der Verfassung beschränkt [2]), aber eben diese Beschränkung in der Regel [3]) weder in das Gesetz aufgenommen, noch jene Bestandtheile festgestellt

1) Weshalb auch die deutsche Reichsverfassung ohne Kaiser im Rechtssinne gar nicht in's Daseyn getreten ist. Vgl. oben §. 7 nach Not. 1.

2) So die Königl. Sächsischen Commissarien: Weiß Crim. G. B. f. d. Königr. Sachsen u. s. w. II. S. 16.

3) Anders Braunschw. Str. G. §. 81.

hat [4]), so wird nur dasjenige zu dem Unwesentlichen einer Verfassung gezählt werden können, was den Charakter jener Regel hat. Sieht man auf das Wesen eines Rechtsstaates, so ist eben das Princip der Freiheit des Gemeinwesens das wesentliche Fundament des Rechtszustandes. Sein absolutes vernunftmäßiges Daseyn ist aber einem Angriffe oder Umsturze überall nicht zugänglich. Gegenstand solcher Handlungen können nur seine Verwirklichung und die dasselbe verwirklichenden Träger seyn; so im römischen Rechte die res publica, der populus und die Magistraturen. Ein Umsturz der Verfassung ist jenem Principe gegenüber immer nur eine Thatsache, die seine Verwirklichung durch Beseitigung der demselben entsprechenden Macht und damit des thatsächlichen Daseyns jener Träger ausschließt, und einen Zustand herstellt, der nicht Staat, sondern sein Gegensatz ist [5]). Eine Veränderung des öffentlichen Zustandes anderer Art würde nicht die Staatsform, sondern nur die Regierungsform ergreifen. — Hat aber gegen jenes Rechtsprincip ein monarchischer Zustand sich zum thatsächlichen Rechte constituirt, so sind rechtlicher und thatsächlicher Zustand identificirt, und es ist die Möglichkeit eines äußern Angriffs auf den rechtlichen Zustand vermittelt, weil er selber thatsächlich ist. Ihm gegenüber giebt es überall kein Rechtsprincip als solches; ein Rechtsprincip ist ihm gegenüber erst vorhanden, wenn es sich durch eine Gewalt in dieser zur Thatsache gestaltet und deren Natur sich angeeignet hat. Das s. g. constitutionelle Princip der Beschränkung der Ausübung der mo-

---

4) Abgesehen von der monarchischen Regierungsgewalt der bestehenden Dynastie selber, neben welcher das Würtemb. Str. G. B. Art. 140 auch die Landstände nennt.

5) So die Trägerschaft einer Regierungsgewalt ohne Ernennung von Seiten des Volks. Das regni occupandi consilium inire der Lex Valeria (Liv. II. 8).

narchischen Gewalt erfordert daher selbst zu seinem rechtlichen Daseyn eine Verwirklichung in einer der monarchischen gegenüberstehenden Gewalt, und empfängt gleiche Zugänglichkeit für äußere Angriffe wie diese. Vermöge dieser gegensätzlichen Stellung beider Gewalten sind die Begränzungen der einen oder der andern Gewalt eben so wesentlich, als diese Gewalten selber. Ihr Antheil an der Regierungsthätigkeit ist zugleich Bestandtheil der Staatsform. — Im Rechtsstaate ist das Recht Erzeuger der Gewalt, in der Monarchie die Gewalt Erzeugerin des Rechts. — Der Rechtsstaat ist, gleich dem Zustande der Gesundheit, immer nur einer. Die Monarchie hat, gleich dem Zustande der Krankheit, mannigfache Spielarten. Ein Umsturz des Rechtsstaates ist daher immer gänzlicher Umsturz, wie Aufhebung der Gesundheit immer Uebergang zur Krankheit ist. Ein Umsturz einer monarchischen Spielart kann aber auch ein theilweiser durch Uebergang in eine andere vermittelter seyn, wie die eine Krankheit in eine andere Krankheit übergehen kann, während der Zustand immer Krankheit bleibt.

§. 11.

Sowohl im Rechtsstaate als in der Monarchie aber erfordert das Daseyn der Verfassung eine Verwirklichung derselben durch Träger. Der Umsturz der Verfassung ist also gegeben, sobald einem solchen Träger nicht blos durch eine ihrer Natur nach nur vorübergehende Handlung, sondern durch eine den Charakter der Dauer an sich tragende Gewalt, die Möglichkeit jener Verwirklichung entzogen ist, sey es nun ganz oder theilweise, sey es daß er eine einwilligende Erklärung der Aufhebung oder Abänderung seiner Befugnisse ertheilt habe oder nicht. Es scheint die Erklärung einer solchen Einwilligung demnach nicht allein *gleichgültig*, sondern es scheint selbst fraglich zu seyn: ob

sie, im Falle des Erzwungenseyns, in der That einen Umsturz der Verfassung mit sich führe? Dennoch scheinen die Gesetze, wo sie die Abänderung oder Unterdrückung der Verfassung als den Zweck hochverrätherischer Handlungen aufstellen, das Erzwingen einer Einwilligung dazu besonders im Auge gehabt zu haben [1]). In sofern nun, als in einer solchen Einwilligung eine autonomische Unterwerfung liegt, wird durch sie denn auch allerdings eine wirkliche Veränderung des Verfassungszustandes herbeigeführt, und der neue Zustand ist, als Product einer solchen Unterwerfung betrachtet, durch das Erzwingen der einwilligenden Erklärung auch keinesweges als ein rechtlich mangelhafter qualificirt. Die rechtliche Bedeutung dieser Unterwerfung ist die der Anerkennung, der thatsächlichen Einsetzung in die Ausübung der anerkannten Befugniß oder des anerkannten Verhältnisses, oder das thatsächliche Zurückweichen von einer solchen Ausübung. Außer dem Gebiete der Autonomie ist sie nur Grund der Befreiung vom Beweise, und im Falle des Erzwungenseyns wirkungslos [2]). Im Gebiete der Autonomie dahingegen ist sie die historische Erscheinung des Rechts, vermittelst welcher die Gewalt das Recht erzeugt; und diese Bedeutung wird durch das Erzwungenseyn überall nicht beeinträchtigt [3]). Sie ist, wenn

1) So durch unmittelbare Gewalt oder Drohungen gegen den Monarchen (Bad. Str. G. B. §. 586), oder durch Aufruhr oder Veranlassen des Einschreitens einer fremden Macht (Bad. Str. G. B. §. 588. 589). Den beiden letztern Fällen scheint die Auffassung zum Grunde zu liegen, daß der hochverrätherische Act nur eine Macht constituirt, die in Uebereinstimmung mit dem Zwecke seines Urhebers die Abänderung oder Unterdrückung vornimmt.

2) Denn hier sind Thatsache und Recht nicht identisch. Die Thatsache kann also auch während ihrer Dauer unrechtlich seyn.

3) Denn so lange die dieser Erscheinung entsprechende Thatsache dauert, ist sie auch rechtlich.

man den Ausdruck: Publicistisch, in der heutigen Bedeutung nimmt, die publicistische Begründungsart des Privatrechts, von dem das Recht der Eroberung nur eine Art ist. Im Rechtsstaate wäre eine Aenderung der Verfassung durch Einwilligung nur denkbar vermittelst der autonomischen Unterwerfung des Volks unter eine monarchische Gewalt. In der Monarchie hingegen ist sie gegeben: durch die Anerkennung einer Aufhebung oder Beschränkung einer, einen wirklichen Bestandtheil der Verfassung bildenden Gewalt von Seiten eines durch ein Sonderverhältniß constituirten Trägers derselben, gegenüber von der Anmaßung entweder dieser, oder einer ihr widerstreitenden, oder sie beschränkenden Gewalt, die von Seiten eines, durch die bisherige Verfassung oder erst durch diese Anerkennung, constituirten Trägers der Verfassung ausgeht.

§. 12.

Die neueren Strafgesetze, mit Ausnahme des Preußischen Landrechts und des Oesterreichischen, fordern, von der Verschwörung abgesehen, Gewalt, oder doch Drohung gegen den Monarchen, zur Begehung des Hochverraths. Bloße Aufreizungen zu Unternehmen gegen das Bestehen der Verfassung fallen unter die Vorbereitung zum Hochverrathe als ein besonderes Verbrechen [1]). Zum Hochverrath an der Verfassung fordert aber gleich dem Preußischen Landrechte auch das Oesterreichische Gesetz das Abzielen der Handlung auf eine gewaltsame Aenderung [2]). Meinungs- und Willensäußerungen über eine Abänderung der Verfassung, sofern letztere keine Richtung auf eine

1) Vgl. Häberlin a. a. O. II. S. 21.

2) §. 52. Daß hiernach auch die Vorbereitung Hochverrath sey (Häberlin a. a. O.), trifft nur dann zu, wenn man das *Abzielen nicht* auf die objective Beschaffenheit der Handlung *beschränkt*.

solche Gewaltsamkeit haben, sind also auch hier vom Hochverrathe ausgeschlossen; so wie sie eine Vorbereitung desselben nicht begründen können, wo zur Begehung Gewaltsamkeit gehört. Handlungen, welche dahin zielen, die allgemeine Meinung und den allgemeinen Willen für eine Abänderung der Verfassung zu gewinnen, können also weder Hochverrath noch Vorbereitung zu demselben seyn. Die Gesetze verstehen indeß unter der Vorbereitung zum Hochverrathe nicht eben nur die Vorbereitung der eignen Ausführung, sondern vielmehr die Vorbereitung, oder eigentlicher die Zubereitung oder Aufstiftung Anderer zur Begehung oder Mitbegehung des Verbrechens [3]). Und wenn jene Allgemeinheit der Meinung und des Willens zum Daseyn gelangt ist, so wird sie auch die Hindernisse, welche der Ausführung entgegenstehen, gewaltsam beseitigen. Diese Hindernisse können auch in dem widerstrebenden Willen Einzelner bestehen, da dieser jene Allgemeinheit nicht ausschließt. Sind diese Einzelnen nicht selbständige Träger der Verfassung, sondern nur Theilhaber an der Trägerschaft der Gesammtheit, so geht ihr Einzelwille in dem Willen der überwiegenden Masse dieser Gesammtheit auf,

---

3) So heißt es in dem Sächs. Str. GB. (Art. 84): „wer irgend eine Handlung zur Vorbereitung des Verbrechens des Hochverraths begeht, soll mit Gefängniß . . . . bestraft werden." Handlungen zur Vorbereitung der Ausführung eines Verbrechens sollen erst bestraft werden, wenn sie an sich schon strafwürdig sind (Art. 29). Die bloße Absicht, das Verbrechen hervorzurufen, kann also die Strafbarkeit nicht begründen, sondern nur die Eigenschaft der Handlung, durch welche sie der Anfang des Daseyns einer verbrecherischen That wird (dies. Archiv Jahrg. 1847. S. 60 fgg.). Soll der Richter aus den Umständen das Daseyn der verbrecherischen Absicht ermitteln (Weiß a. a. O. II. S. 28), so wird, bei verständiger Behandlung, das Resultat freilich dasselbe seyn; und der bloße Ankauf u. s. w. von Waffen u. s. w. in der Absicht, sie zur Ausführung einer hochverrätherischen Handlung zu benutzen (vgl. Weiß a. a. O.), wird dann nicht als Vorbereitung gelten können.

und die Gewaltsamkeit, welche gegen sie etwa angewendet wird, um sie dem Willen der übrigen zu unterwerfen, ist vollkommen legal, und kann also überhaupt nicht verbrecherisch seyn. Wäre nun der Monarch blos ein Glied zu einem und demselben Rechtszustande verbundenen Gesammtheit, so würde auch sein Widerstand unter der angegebenen Voraussetzung in vollkommen legaler Weise durch Gewalt gebrochen werden können. Die Sache verhält sich aber anders, da er durch die Verfassung vermöge des germanischen monarchischen Princips ein Sonderberechtigter ist. Hat eine Gemeinde beschlossen, eine bessere Benutzung ihres Grundes und Bodens einzuführen, so werden ihre Glieder rechtmäßig gezwungen, sich dem zu unterwerfen, nicht aber der Inhaber einer Servitut an demselben. Es fragt sich also, ob nicht jede Handlung, welche geeignet ist, jene allgemeine Willensbestimmung hervorzurufen, ganz von selber auf eine illegale gewaltsame Verwirklichung derselben gegen den Monarchen abzielt. Diese Frage muß aber schon deshalb verneint werden, weil man nicht voraussetzen kann, daß die Einwilligung des Monarchen ohne Gewaltanwendung entschieden versagt werden werde.

§. 13.

Diejenige Rechtsordnung, welche den Umsturz ihrer Verfassung als ein Verbrechen qualificirt, muß indeß die Möglichkeit, daß diese Verfassung durch eine andere verdrängt werde, gänzlich bei Seite setzen. Denn gelingt das Unternehmen, so hat sich eben dadurch eine Macht, die vermöge ihres Uebergewichts die Allgemeinheit bildet, für die Unrechtmäßigkeit des aufgehobenen und für die Rechtmäßigkeit des eingeführten Zustandes ausgesprochen, und die That kann selbst dem Principe nach, und ungeachtet der angewendeten Gewalt, sofern diese nicht in ein anderes

Verbrechen übergegangen ist, nicht verbrecherisch seyn, weil sie ja nur zur Geltendmachung eines Rechts diente, für welche keine Rechtshülfe zu erlangen war. Mit der Berücksichtigung dieser Möglichkeit würde sie zugeben, daß ein Umsturz der Verfassung eine rechtmäßige Handlung werden könne, und sich dadurch mit ihrer eignen Strafdrohung in Widerspruch setzen. Sobald sie strafend auftritt, muß sie auch den Umsturz als mißlungen betrachten, selbst wenn sie in der That eine Zeitlang außer Wirksamkeit gewesen wäre; weil sie sonst überall nicht mehr als die frühere strafdrohende Rechtsordnung auftreten könnte [1]). Der Begriff des Hochverraths gegen die Verfassung ist daher: das mißlungene Unternehmen eines Umsturzes der Verfassung; wiewohl der Beisatz: mißlungene, nur als eine wissenschaftliche Bestimmung der Tragweite der Strafdrohung anzusehen ist, weil seine Aufnahme in den gesetzlichen schon eine bei ihm zu vermeidende Andeutung der Möglichkeit des Gelingens enthalten würde. Zu diesem Unternehmen gehört: eine Handlung, welche geeignet ist, einen Träger der Verfassung außer Stand zu setzen, seinen freien Willen zu deren **Aufrechterhaltung** zur verfassungsmäßigen Wirksamkeit zu bringen. Träger der Verfassung ist jeder, dessen Zustimmung die rechtliche Aufhebung oder Aenderung bedingt; also der Monarch, und die Gesammtheit der Staatsbürgerschaft, oder statt des erstern die Minister, statt der letzteren jede der sie vertretenden Kammern, sofern deren Thätigkeit in der Ausübung der verfassungsmäßigen Rechte, beziehungsweise des Monarchen oder der Staatsbürgerschaft, deren Aufrechterhaltung bedingt. Geeignet ist eine Handlung zu jenem

1) Nicht „die suspendirte Strafgewalt wieder in ihr Rechte eingesetzt" (Zachariä in dies. Archive Jahrg. 1838. S. 229) seyn könnte.

Zwecke, wenn durch sie eine der auf den Umsturz gerichteten Absicht ihres Urhebers dienstbare, oder durch dieselbe ihr dienstbar gewordene physische Gewalt in Wirksamkeit gesetzt ist, welche entweder die Ertheilung der nach der Verfassung auf deren Abänderung zu influiren und nach den Umständen die historische Erscheinung der verfassungsmäßig zur Aenderung der Verfassung erforderlichen Thatsachen herzustellen geeigneten Einwilligung eines jener Träger zu erzwingen und deren Wirksamkeit zwangsweise aufrecht zu erhalten [2]), oder aber einen derselben von der Ausübung der dem durch sie begründeten Regierungsorganismus als Bestandtheil angehörigen Handlungen zwangsweise zu verdrängen stark geung ist. Sie muß dahin führen können, die verfassungsmäßige Gewalt eines solchen Trägers, in irgend einem Theile wenigstens, gänzlich zu beseitigen. Eine bloße Hinderung der Ausübung würde an sich die Freiheit des Willens des gehinderten Trägers zur Aufrechterhaltung der Verfassung nicht aufheben; es würde diese Aufhebung erst dann gegeben seyn, wenn seiner Reaction gegen diese Hinderung die Möglichkeit des Erfolgs nach dem Maaße der ihm dienstbaren Kräfte entzogen wäre. Sobald aber dieser Fall eintritt, ist der Umsturz der Verfassung auch dann gegeben, wenn die ihn bezweckende Handlung nicht gegen ihn unmittelbar, sondern an sich und ihrer natürlichen Wirksamkeit nach nur gegen diejenigen Kräfte gerichtet ist, die ihm zur Verwirklichung seiner verfassungsmäßigen Gewalt dienstbar sind. Eine äußere Gewalt z. B., welche die Richtung

---

2) Wird also die umstürzende Gewalt auch nur gegen Eine der Kammern gerichtet, so ist sie, obgleich deren Einwilligung allein nicht zur Aenderung genügt, dennoch für ihren Zweck *geeignet*, wenn die Einwilligung des Monarchen und der *andern Kammer* bereits als gegeben erscheint.

und die Geeignetheit hätte, die *ganze* Justizpflege [3]) eines Landes außer Wirksamkeit zu setzen, würde dem verfassungsmäßigen Träger der Justizhoheit, dem Monarchen beziehungsweise seinem Ministerium, jene Freiheit des Willens entziehen, wenn ihre Anwendung auch nur gegen die Inhaber der Richterämter gerichtet wäre; sie würde aber jene Geeignetheit nur dann besitzen, wenn sie die Tauglichkeit besäße, eine Gewalt zu gründen oder zu bilden, die in dauernder Opposition gegen jenen Willen dessen Verwirklichung sich unterwürfe. Selbst in offene Gewaltthat gegen die Obrigkeit durch Zusammenrottung von Menschenmassen übergegangen, würde sie, ohne jene Tauglichkeit, die Gränze des Aufruhrs nicht überschreiten. Es kann aber nicht erforderlich geachtet werden, daß dieselbe Gewalt, mittelst welcher der Umsturz der Verfassung unternommen wird, z. B. die der aufrührerischen Volksmasse, jene dauernde Opposition übernehme, sondern es muß vielmehr genügen, wenn sie eine Gewalt herzustellen vermag, die eine solche Opposition tragen wird, und die Absicht desjenigen, dem sie dient, auf deren Herstellung gerichtet ist. In Wirksamkeit getreten aber ist eine solche Gewalt dann, wenn ihre widerstrebende Richtung gegen die verfassungsmäßige Gewalt eines Trägers der Verfassung durch eine Regung gegen dieselbe in der Außenwelt zur Thatsache geworden ist. In diesem Augenblicke *existirt* die *Handlung*, welche in der Absicht unternom-

3) Etwas Anderes ist es, wenn man Gewaltthat gegen eine ganze Klasse von Einrichtungen, die nicht zur Verwirklichung der Verfassung dienen, der Allgemeinheit ihrer Richtung wegen zum Hochverrathe zählt, wie es einst englische Juristen gewollt haben. S. darüber: *Marquardsen* Zeitschrift f. krit. Rechtswissenschaft XXI. S. 178. — Die Grundidee dieser Ansicht aber: daß zum Hochverrathe eine Richtung gegen den Zustand der Gesammtheit gehöre, kann keineswegs verworfen werden.

men war, die Verfassung umzustürzen [4]). Eine solche Regung ist auch erforderlich, damit die Handlung auf eine gewaltsame Abänderung abziele, und sie genügt andererseits, sie selber zu einer gewaltsamen Handlung zu qualificiren; so daß überall, wo man nicht die Vorbereitung schon als das Verbrechen selber ansieht [5]), der Anfangspunkt der Begehung derselbe ist.

§. 14.

Es kann jene Gewaltsamkeit nur dann zu jenem Erfolge gegeignet seyn, die verfassungsmäßige Gewalt eines Trägers der Verfassung in irgend einem Theile gänzlich zu beseitigen, wenn die beabsichtigte Veränderung im Falle ihrer Ausführung: entweder einer bereits durch die Verfassung als Träger derselben oder ihrer Verwirklichung dauernd organisirten Gewalt, die mit dieser Veränderung einverstanden ist, einen größern Einfluß in Ansehung der Verwirklichung des Rechtszustandes gewährt, und dadurch den gleichen Einfluß einer gleichen gegenüberstehenden Gewalt veringert [1]); oder wenn sie eine Verpflichtung eines Trägers jener Verwirklichung einem andern Träger gegenüber aufhebt [2]); oder wenn sie die Grundlagen einer solchen Trägerschaft ergreift [3]); oder wenn sie eine neue dauernd organisirte Gewalt [4]) in die Reihe

---

4) Kleinschrod A. Archiv d. Crim. R. I. S. 67.

5) Oben §. 12. Not. 2.

1) Z. B. dem Monarchen die allein entscheidende Stimme in der Gesetzgebung zuweiset, und die Kammern auf bloße Berathung beschränkt.

2) Z. B. die Verantwortlichkeit der Minister.

3) Die Thronfolgeordnung; den Wahlmodus oder die Wahlfähigkeit.

4) Z. B. eine Kammer.

der Träger der Verfassung einschiebt, oder aber die bis- herigen Träger, oder einen derselben gänzlich ver- drängt. Denn fehlt es an einer solchen Organisation, so ist die auf die Veränderung gerichtete Gewaltthat nur vor- übergehender Natur, und nach ihrem Vorübergehen ver- bleibt dem vergewaltigten Träger noch immer die Macht, die Ungültigkeit der erzwungenen Veränderung geltend zu machen, und es ist blos eine Störung der Thätigkeit des Verfassungsorganismus eingetreten. Wäre z. B. die Volks- vertretung gezwungen worden, eine Aufhebung der durch die Verfassung garantirten Unaufkündbarkeit des Verhältnisses der Beamten, oder Unveräußerlichkeit der Domainen [5]), zu bewilligen, so würde sie eine willkürliche Absetzung oder beziehungsweise Veräußerung mit demselben Ef- fecte als eine Rechtswidrigkeit behandeln können, als ob jene Einwilligung gar nicht ertheilt worden wäre, und die Gerichte des Landes würden diese Acte als widerrechtlich und nichtig zu behandeln haben [6]). Wäre ihr dagegen die Einwilligung abgedrungen: zur Zurückführung ihrer Theil- nahme an der Gesetzgebung auf eine bloße Begutachtung, zur Aufhebung der Steuerbewilligung oder der Minister- verantwortlichkeit; so hätte sie ein Stück der von ihr bis- her getragenen Macht thatsächlich verloren und in die Hand eines andern Trägers der Verfassung gelegt, oder diesen von dem Unterwürfigkeitsverhältnisse zu derselben befreit; wodurch auch die rechtliche Möglichkeit der Aus-

5) Aufhebung unwesentlicher Theile: oben §. 10 nach Not. 1.

6) Denn es würde ihnen eine nach der thatsächlich bestehenden Verfassung erforderliche Voraussetzung der Gültigkeit man- geln; da sie als gesetzgebende Acte als Aussprüche der Rechts- überzeugung der Gesammtheit zu behandeln, und durch ihr Erzwungenseyn ihrer rechtlichen Quelle beraubt sind. Und ob die verfassungsmäßigen Erfordernisse eines Gesetzes vor- handen sind, darüber steht richtiger Ansicht nach dem Richter die Entscheidung zu.

übung verloren gegangen wäre, so daß die Gerichte des Landes die ohne ihre Zustimmung erlassenen Gesetze befolgen [7]), und Anklagen der Minister oder Klagen auf Rückgabe ohne ständische Bewilligung erhobener Steuerbeträge zurückweisen müßten. Hätte sie gezwungen in die Abänderung der Thronfolge, des Kammersystems, des Wahlmodus oder Wahlcensus, der Unentfernbarkeit der Richter von ihrer Function eingewilligt, so hätte sie eine Macht, von der sie als Trägerin der Verfassung abhängig ist, thatsächlich in die Hände unmittelbarer oder mittelbarer Träger der Verfassung gelegt, und die rechtliche Möglichkeit einer von derselben unabhängigen Ausübung ihrer eignen und übrigen Macht verloren. Ihre Lage würde dieselbe seyn als wenn ein neuer, auch nur durch bloße Gewalt constituirter Träger eines in gleicher Weise constituirten Zustandes sie theilweise oder ganz an der Ausübung ihrer verfassungsmäßigen Befugnisse hinderte.

§. 15.

Um dem Hochverrathe gegen die Verfassung einen bestimmtern Begriff zu geben, würde man diesen demnach fassen müssen als: das Unternehmen des gewaltsamen Umsturzes der Verfassung, entweder der ganzen Verfassung durch Verdrängung sämmtlicher Träger derselben mittelst Einsetzung von Trägern eines ihre Wirksamkeit ausschließenden Zustandes, oder eines Theils der Verfassung, sey es durch Einsetzung neuer Träger der Verfassung oder durch Veränderung des Machtverhältnisses zwischen den bisherigen Trägern derselben zu einander.

---

7) Denn die Thatsache der anerkennenden Einwilligung hat *mit der* Veränderung der Gewalt auch die rechtliche Aende*rung der* Verfassung bewirkt.

Hätte man indeß mit dem Hochverrathe gegen die Verfassung einen so bestimmten Begriff verbunden, so würde man ihn schwerlich in die Gesetzgebuug aufgenommen haben, indem dann dessen Begehung einen so bestimmten Plan voraussetzt, wie er sich selten bei den Urhebern revolutionairer Bewegungen nachweisen lassen wird. Gewiß hat man ein Unternehmen zur gewaltsamen Herstellung der Anarchie nicht vom Umsturze der Verfassung ausschließen wollen. Als Träger der Anarchie ließe sich aber immer nur eine unbestimmte Masse denken, wenn ihr negativer Begriff überhaupt eine Trägerschaft zuließe; sie trägt daher den Charakter des Vorübergehenden an sich und entbehrt des Merkmals des Umsturzes der Verfassung. Die Gesetze können daher zu einer auf gewaltsamen Umsturz der Verfassung gerichteten gewaltsamen Handlung nicht mehr fordern wollen, als eben den Aufruhr (Emeute, Krawall, Putsch), der, wenn er auch den militairischen Charakter eines Krieges annimmt, dennoch dadurch die Eigenschaft einer Revolution nicht erlangt. Man würde also in ihrem Sinne den Begriff blos durch die Feststellung der Träger der Verfassung dahin näher bestimmen dürfen, als: das Unternehmen, durch Gewalt die Wirksamkeit der verfassungsmäßigen Bestimmungen über die Voraussetzungen der Gewalt des Monarchen oder der Kammern, oder ihrer Ausübung, oder die Wirksamkeit der dem Monarchen oder den Kammern durch die Verfassung gesicherten Befugnisse ganz oder theilweise aufzuheben. Der Hochverrath gegen den Monarchen als besonderes Verbrechen würde dann die Voraussetzungen der Gewalt und die Wirksamkeit der Befugnisse der Kammern als alleinigen Gegenstand des Hochverraths gegen die Verfassung übrig lassen. Denn ihre Wirksamkeit identificirt sich mit der der verfassungsmäßigen

Befugnisse der Staatsbürgerschaft und der den Ministern durch die Verfassung zugewiesenen Stellung. Es entsteht aber die weitere Frage, ob nicht nach Analogie des gegen die Person des Monarchen gerichteten Hochverraths vielmehr die Fassung zu wählen wäre: das Unternehmen eines gewaltsamen oder drohenden Angriffes auf die Kammern oder eine derselben, um sie in der freien Ausübung ihrer verfassungsmäßigen Befugnisse zu hindern. Allein diese Gleichstellung der Kammern mit der Person des Monarchen [1]) würde die Lücke nicht ausfüllen, welche durch Beseitigung der allgemeinen Strafdrohung gegen den Umsturz der Verfassung entstände. Denn das Unternehmen eines Umsturzes der verfassungsmäßigen Bestimmungen über die Voraussetzungen der Gewalt der Kammern, die in dem Wahlmodus, Wahlcensus, beziehungsweise den Berechtigungen der Standes- und Grundherrlichkeiten u. s. w. liegen, bleibt dabei übergangen. Dennoch aber erscheint die allgemeine Aufstellung der Begehung des Hochverraths durch unmittelbare Angriffe auf die Verfassung für die Anwendung ungeeignet; und jene Lücke ist nur eine scheinbare, sobald Gewaltsamkeiten gegen jeden Träger der Verfassung als solchen mit geeigneter Strafe bedroht sind. Es wird auch schwerlich gelingen, durch Zergliederung des Begriffes des Umsturzes der Verfassung, wie sie vorhin versucht worden, die verschiedenen Anschauungsweisen verschiedener Richter in dasselbe Geleise zu lenken; da sie einestheils in eine Zergliederung des constitutionellen Organismus führt, über dessen Fundamentalien nach den Kundgebungen der

---

1) Ueber diese Gleichstellung nach englischem Vorbilde (seit Georg III) und Entfernung gegen die Person des Monarchen gerichteter Verletzungen aus dem Gebiete des Hochverraths: *Marquardsen*, in dies. Archiv Jahrg. 1849. S. 257 fgg. S. 252 fgg.

neueren Zeit noch eine gewisse Dämmerung zu schweben scheint, und anderntheils die Beurtheilung der Geeignetheit der That, oder ihre Gefährlichkeit wie man auch gesagt hat [2]), mit Schwierigkeiten verknüpft wird. Die Bestimmung der Begehungsart dürfte demnach vorzugsweise zur Abhülfe des praktischen Bedürfnisses geeignet seyn. Abgesehen von der Vermittelung durch ein Amtsverbrechen [3]), von der in den Gesetzbüchern bereits aufgestellten Verschwörung, und von der im Badischen Strafgesetze vorgesehenen Herbeiziehung einer fremden Macht, wird eine zu nachhaltiger Wirksamkeit geeignete Begehung nur durch eine vereinigte Menschenmasse und deren Widerstand gegen die verfassungsmäßigen Obrigkeiten möglich seyn. Sie wäre also Aufruhr. Nach den Auffassungen der neueren Strafgesetze erscheint aber der Aufruhr auf Widerstand gegen einzelne ausführende Anordnungen einzelner Behörden beschränkt [4]). Es fragt sich demnach: wo die einen Umsturz der Verfassung bezweckende aufrührerische Thätigkeit ihren Platz finden soll.

§. 16.

Das Badische Strafgesetz hat, bei jener positiven Beschränkung des Aufruhrs, den hochverrätherischen Aufruhr nicht unter diesem sondern als eine Art des Hochverraths aufgestellt. Dem gemeinen deutschen Strafrechte erscheint aber jene Beschränkung keineswegs entsprechend,

2) Oben §. 9 Not. 4.

3) Verfassungsverletzung durch den Monarchen unter Mitwirkung der Minister.

4) Sagt man, der Aufruhr könne auch gegen die Obrigkeit im Allgemeinen, nicht aber, ohne Hochverrath zu seyn, gegen den Souverain gerichtet seyn (Häberlin a. a. O. II. S. 153), so wird sich zwischen beiden Richtungen schwerlich eine reale Gränze ziehen lassen.

wenn man mit den neueren Strafgesetzen Anstiftung des Aufruhrs, worunter auch dessen Leitung zu begreifen ist, und Theilnahme am Aufruhr als ein und dasselbe Verbrechen behandelt. Diese Identität ist indeß im gemeinen Strafrechte nicht begründet. Die Anstiftung des Aufruhrs ist nach römischem Rechte Majestätsverletzung [1]), oder steht ihr doch an Strafbarkeit gleich [2]), und ihre Strafe kann nach der P. G. O. Art. 127 selbst die Todesstrafe seyn. Dahingegen wird der bloßen Theilnahme am Aufruhr, obgleich sie ja die physische Ursache des Aufruhrs und demnach dessen Theilnehmer als solcher ein physischer Urheber des Aufruhrs ist, nur bei Gelegenheit besonderer Verhältnisse gedacht, und ohne daß sich aus den Aeußerungen über sie eine so harte Strafe, wie die jener Anstifter, ableiten ließe [3]). Der Aufruhr an sich, in seiner Totalität, ist gar kein Verbrechen, sondern nur ein Ereigniß; aber die Vorbereitung zum Aufruhr und die Benutzung desselben zur Verübung von Verletzungen ist vis publica [4]). Die P. G. O. hat durch ihre Strafbestimmungen über Verrath und Anstiftung von Aufruhr, von der Verschwörung abgesehen, besondere Bestimmungen über Hochverrath für die Zustände ihrer Zeit in der That entbehrlich

1) L. 1. §. 1. D. ad Leg. Jul. maj.

2) L. 3. §. 19. D. de re militari 49. 16. „Qui seditionem atrocem militum *concitavit*, *capite* punitur." L. 38. §. 2. D. de poenis 48. 19. Pauli S. R. V. 22. Tit. C. de seditiosis 9. 30.

3) L. 3. §. 20. D. eod.: „Si intra vociferationem aut levem querelam seditio mota est, tunc gradu militiae dejicitur." Nur mehrfache Wiederholungen führen zur Capitalstrafe: L. 28. §. 3. D. de poenis. — Den Fall gegenseitiger Aufstiftung hat im Auge: Reichsschl. v. 1731. §. 2. 5; und nur von Begnadigung bloßer Theilnehmer handelt: R. A. von 1526. §. 8.

4) L. 3 pr. §. 2. D. ad leg. Jul. de vi publ. 48. 6.

gemacht [5]). Und will man ihre Bestimmungen unter den Begriff des Hochverraths der neueren Gesetze stellen ohne ihre Begriffe zu spalten, so gehört nicht der Aufruhr, wohl aber die Anstiftung des Aufruhrs, unter den Hochverrath. Welchen Zweck der Anstifter erreichen wollte, ist für den Begriff dann gleich; aber die Strafe kann unter Umständen gelinder seyn, Ruthenstreichen und Verweisung; und immer muß der Aufruhr gefährlich seyn. Der außerordentliche Abstand zwischen der Strafe der Anstiftung des hochverrätherischen Aufruhrs, oder eines Hochverrathes gegen die Verfassung durch Anstiftung eines Aufruhrs, und der Strafe der Anstiftung eines gemeinen Aufruhrs, der sich in den neueren Strafgesetzen herausstellt, ist demnach dem gemeinen Rechte fremd [6]). Beide unterscheiden sich indeß nur durch ihr Ziel. Denkt man sich als das Ziel des erstern blos die Aenderung der Verfassung, mit Beiseitesetzung der Gefährdung des Rechts des Monarchen und der Idee der Verletzung eines heiligthümlichen Verhältnisses, so kann man in dieser Verschiedenheit der Absicht an sich die größere Strafbarkeit der erstern nicht begründet finden. Die Absicht einer Aenderung der Verfas-

---

5) Ueber den Umfang der Strafbestimmungen der P. G. O.: Roßhirt N. Archiv d. Crim. R. IX. S. 142 fgg. S. 150 fgg. Zachariä in dies. Archiv IX. S. 532 fgg.

6) Die höchste Strafe der Anstiftung des Aufruhrs ist, sofern sie nicht durch Concurrenz von anderen Verbrechen gesteigert wird, vom Oesterr. Strafrechte abgesehen, nach dem sie bis zu 20jährigem Kerker steigt, Zuchthaus oder Arbeitshaus bis zu 8 Jahren, und wenn kein Beharren im Widerstande gegen den obrigkeitlichen Befehl des Auseinandergehens stattgefunden, nicht über 3 Jahre Arbeitshaus (s. Häberlin a. a. O. II. S. 178 fgg.). Auch wenn man in Betracht zieht, daß beim hochverrätherischen Aufruhr nach Bad. Str. G. in dem Falle der Unterdrückung desselben vor dem Hinzutritt anderer Verbrechen nicht die Todesstrafe, sondern höchstens lebenslängliches aber nicht weniger als 10jähriges Zuchthaus, die Urheber trifft (§. 590), so bleibt der Unterschied doch immer bedeutend.

sung durch erlaubte Mittel entbehrt vielmehr der Eigenschaft der Widerrechtlichkeit; während zur Hinderung der anerkannt bestehenden Obrigkeit in der Ausübung der ihr beigelegten Befugnisse es gar kein erlaubtes Mittel giebt. Der Grund der Strenge in der Strafdrohung für den hochverrätherischen Aufruhr, so wie für jedes Unternehmen zum gewaltsamen Umsturze der Verfassung, wird demnach nur entweder in der damit verbundenen Gefährdung des Rechts des Monarchen oder in einer Idee der Heiligkeit des Verhältnisses gesucht werden dürfen. Diese Idee erscheint indeß in unseren Zuständen immer nur als Begleiterin jenes Rechts des Monarchen und dürfte allein noch in Ansehung seiner Persönlichkeit einige Haltbarkeit finden. Es scheint also keinesweges gerechtfertigt, die auf sie gegründete Strenge auf diejenigen Begehungsarten des Hochverrathes, die frei von unmittelbarer Gewalt gegen jene Persönlichkeit sind, schlechthin zu übertragen. Vielmehr wird ihre Strafbarkeit nach der Begehungsart zu bemessen seyn. Namentlich wird diese Ausmessungsnorm da die alleinherrschende seyn müssen, wo es keine physische Persönlichkeit des Monarchen giebt, und heutzutage die monarchische Gewalt von einer Corporation (anders in den ehemals geistlichen Territorien) getragen wird, die mit der Obrigkeit zusammenfällt, nämlich dem Rathe in den freien Städten, wo die Territorialhoheit an sich ein Attribut der moralischen Persönlichkeit der Stadtgemeinde ist.
§. 17. Außer den bereits in den Gesetzen vorgesehenen Begehungsarten, mit Einschluß derjenigen, welche das Badische Strafgesetz aufstellt, wird als ein zum Umsturze der Verfassung geeignetes Unternehmen nur noch übrig bleiben: der gewaltsame oder drohende Angriff auf die Kammern oder eine derselben zur Erzwingung einer Einwilligung in die Abänderung der Verfassung. Die Geeignetheit dieses Unternehmens ist aber dadurch bedingt, daß eine Einwilli-

gung des Monarchen unter ministerieller Mitwirkung, beziehungsweise auch die Einwilligung der andern Kammer in Aussicht stehe. Geht indeß das Unternehmen nicht in eine der anderen Begehungsarten, die diese Einwilligung zu erzwingen oder überflüssig zu machen tauglich sind, hinüber, z. B. mittelst eines Aufruhrs, oder erledigt sich die Frage über die Erreichbarkeit der Einwilligung nicht dadurch, daß Monarch und Minister selber, wenn auch nur intellectuelle, Urheber des Unternehmens sind, so wird deren genügende Beantwortung kaum jemals möglich seyn. Die praktische Brauchbarkeit einer Strafbestimmung für diesen Fall erscheint demnach nur dadurch erreichbar, daß man eben so, wie bei Angriffen auf den Monarchen, die Richtung des Unternehmens gegen den Träger der verfassungsmäßigen Gewalt zum entscheidenden Merkmal des Verbrechens constituirt. Neben Gewaltthat gegen den Monarchen, Herbeiziehung fremder Macht gegen ihn, Verschwörung und hochverrätherischem Aufruhr, dürfte demnach: das Unternehmen eines gewaltsamen oder drohenden Angriffes auf die Kammern (d. h. die Versammlung der Kammern) oder eine derselben, um sie in der freien Ausübung ihrer verfassungsmäßigen Befugnisse zu hindern, einen Platz verdienen, und dem hochverrätherischen Aufruhr an Strafbarkeit gleich zu stellen seyn.

XVII.

Zur Verständigung über das Verhältniß der Einzelhaft zur Strafgesetzgebung*).

Von

Herrn Dr. Röder,

Professor der Rechte in Heidelberg.

Die Verhandlungen der ersten und zweiten Versammlung der Freunde einer Verbesserung des Gefängnißwesens mußten sicherlich Jedem, der ihnen, wenn auch nur aus der Ferne, aufmerksam gefolgt ist, die freudige Gewißheit

---

1) Dieser Aufsatz enthält in der Hauptsache nur etwa das was der Verf. in Brüssel mündlich auszuführen gedachte, um wo möglich unter den im Herbst 1847 dort tagenden von Fach äußerst verschiedenen Männern eine Verständigung anzubahnen über die rechtliche Lebensfrage, von der jeder wahre Fortschritt des Gefängnißwesens abhängt, nicht aber wendet er sich allein oder auch nur hauptsächlich an die Rechtskenner unter ihnen, da gerade sie am Fortkneten des alten Sauerteigs am Häufigsten ihr volles Genüge finden und am Wenigsten Empfänglichkeit zeigen für Alles was sie in ihren althergebrachten Berufsvorurtheilen zu stören oder gar in ihre gelehrten Lehrgebäude einen Riß zu machen droht. Am Liebsten hätte darum der Verf. seine Ansprache in Julius' Jahrbüchern der Gefängnißkunde erscheinen lassen. Da aber diese Zeitschrift inzwischen leider aus Mangel an Theilnahme der rechtszünftigen Lesewelt eingegangen ist, so glaubte er das Anerbieten des Herausgebers dieses „Archivs", ihr darin eine Stelle zu gönnen, nicht ablehnen zu dürfen.

geben, daß, durch die vereinten Bemühungen gleichgesinnter Männer aus allen Theilen der alten und neuen Welt, endlich rascher als bisher das große Werk der Erlösung eines nur zu lange verwahrlosten und mißhandelten Theils der leidenden Menschheit werde gefördert werden, daß ein erster erfolgreicher Angriff vom Boden der Thatsachen und des Lebens aus auf die völlig verrottete Grundlage des sogenannten Strafrechts der Gegenwart gemacht sey, — jenes Strafrechts, das dem ganzen Geist nach, den es noch in den neuesten Erscheinungen der Strafgesetzgebung athmet, unverkennbar völlig einer längst überlebten Zeit angehört und im schreiendsten Mißklang steht mit der gesammten Bildung der meisten gesitteten Völker, wie mit den geläuterten Begriffen von Recht, Sittlichkeit und Religion, die von Tag zu Tag stärker Kopf und Herz unsrer Zeitgenossen erleuchten und erwärmen. Langsam zwar und keineswegs gleichmäßig, aber doch in erfreulicher Stetigkeit, bemerken wir demzufolge in allen Gebieten des gesellschaftlichen Lebens und Wirkens ein bewußtes oder unbewußtes Fortschreiten von einer bloßen seelenlosen, klappernden, förmlichen Aeußerlichkeit des menschlichen Thuns und Treibens zu einer größeren Innerlichkeit, vor Allem im Gebiet des Unterrichts und der Erziehung, aber auch im Gebiet des Rechts und Staats. Man erinnert sich allmählich wieder, daß man mit Menschen zu thun hat, d. h. mit vernünftiger Selbstbestimmung fähigen, alleineigenthümlichen (individuellen) Selbstwesen, die sich nicht bloß von Außen treiben und abrichten, nicht als bloße Mittel zu beliebigen Zwecken, als Sachen, brauchen lassen; man fängt an einzusehen, daß es eine verkehrte Schulweisheit war, als man seit Kant das Recht außer aller Beziehung zu den übrigen in der Menschenbestimmung begriffenen Aufgaben, namentlich zur Sittlichkeit setzen zu können glaubte, ja sogar einen „Staat

von Teufeln" nicht für ein Ding der Unmöglichkeit hielt; man begreift mehr und mehr, daß ohne allen Rechtsinn seiner Angehörigen (ohne innere Gerechtigkeit) ein Rechtstaat nicht denkbar ist, daß mithin das Wecken und Pflegen gerechter Gesinnung unzweifelhaft zu dessen Aufgabe gehört; und man ahnt wenigstens, daß die Strafrechtspflege die Richtung dieser gewissermaßen erziehenden Thätigkeit des Staats einschlagen müsse, wenn sie mit Erfolg dessen Zweck fördern soll.

Der Eindruck der Verhandlungen der Frankfurter Versammlung war in der That ein so überwältigender, die dort mitgetheilten reichen Erfahrungen so vieler Männer aller Länder, die als Vorsteher, Geistliche, Aerzte, Baumeister, endlich als Mitglieder von Gefängnißgesellschaften, mit Gefängnissen und Gefangenen seit Jahren beschäftigt und von den verschiedensten Seiten innig vertraut waren, griffen so wunderbar in einander und ergänzten sich so überraschend, daß bekanntlich in und außer der Versammlung selbst zahlreiche Gegner der Einzelhaft, in welcher jene Männer alle den Rettungsanker in der Noth erblickten, plötzlich für sie gewonnen wurden und der größte Theil der Vorurtheile gegen sie, wenigstens bei den Unbefangenen, denen es nur um die Sache galt, zerstört ward. Allein zugleich wurde wohl Jedem der die Verbrechen und ihre Bestrafung zum Gegenstand vielfachen Nachdenkens gemacht hat, schon in der Frankfurter, weit mehr aber noch in der Brüsseler Versammlung der Freunde einer Umgestaltung der Gefängnißstrafe die Ueberzeugung, daß eine große, ja die bei Weitem größte Zahl der Mitglieder bei ihren Ansichten und Bestrebungen viel mehr durch ein gewisses richtiges Gefühl geleitet wurde, als durch ein vollkommen klares Bewußtseyn über das eigentliche Wesen der *gemeinsamen* Aufgabe und folgeweise über den ganzen Umfang derselben und die einzig angemessenen Mittel ihrer Lösung.

Es ist in der That nicht abzusehen, wie man den kürzesten Weg zum Ziel zu finden hoffen kann, ohne das Ziel selbst deutlich vor Augen zu haben, oder nach Sieyes' bekanntem Wort: si le philosophe n'est au but, il ne sait où il est; si l'administrateur ne voit le but, il ne sait où il va. Um aber den Zweck unzweifelhaft festzustellen, für den die Versammlung in ihren Berathungen die angemessensten Mittel ausfindig machen wollte, war es vor Allem nöthig, daß man sich zu verständigen suchte über die Bedingungen, unter denen allein es möglich erschien, eine wahrhaft vernünftige, sittliche und christliche, kurz: menschliche Einrichtung der Haft (vorzüglich der Strafhaft), und namentlich der Einzelhaft, in Einklang zu bringen mit der Strafgesetzgebung und deren Anwendung. Man durfte nicht, aus Furcht an dieser Klippe zu scheitern, die entscheidende Vorfrage umgehen: wie sich eine so beschaffene Haft und Einzelhaft verhalte zu dem ganzen, zur Zeit noch weitaus vorherrschenden Geist des geltenden Strafrechts, ob sie sich mit ihm vertrage und ihm untergeordnet und angepaßt werden könne und müsse, oder ob umgekehrt dieser ganze alterthümliche Geist jenem besseren, gerechteren Geist weichen müsse, aus dem der Gedanke der Einzelhaft sichtlich entsprossen war und in dem allein dieselbe das auch wirklich leisten wird was sie ihrem Wesen nach zur Förderung der Zwecke des Staats und der menschlichen Gesellschaft zu leisten vermag. Man hatte diese Lebensfrage für einen vollständigen, umfassenden Sieg der guten Sache, für die man kämpfen wollte, und die doch vor allen Dingen eine Rechtsfrage war, zwar bei Entwerfung der Grundzüge für die Frankfurter Versammlung in ihrer Wichtigkeit einigermaßen anerkannt, indem sie dort vorangestellt — wenn auch bei den Verhandlungen selbst in den Hintergrund gedrängt und erst am Schlusse halbwegs besprochen ward. Um so dringender

wäre es gewesen, zu Brüssel da wieder anzuknüpfen, wo man in Frankfurt aufgehört hatte, bei der näheren Prüfung der rechtlichen Seite der Sache. Der Schreiber dieser Zeilen glaubte daher schon in einer vorbereitenden vertraulichen Besprechung, wo über Aenderungen des nach den Vorschlägen des Ausschusses entworfenen Leitfadens für die Verhandlungen berathen ward, einen dahin gehenden Antrag stellen zu sollen, damit Niemand im Unklaren bleibe über das was wir wollten, weil voraussichtlich nur hiernach eine wahrhaft zweckmäßige Auswahl der Mittel, also eine innerlich zusammenhängende, folgerechte Beantwortung der zahllosen Einzelfragen über die Bauart, die höchste Gefangnenzahl für jedes Gefängniß, die gesammte Behandlung der Gefangenen in leiblicher und geistiger Hinsicht u. s. f. möglich war. Dies Letzte begriffen zwar manche Mitglieder recht wohl, wie mehrfache Aeußerungen im Laufe der Verhandlungen zeigen; allein jener Antrag konnte dennoch schon deßhalb nicht durchdringen weil nicht Wenige in Brüssel wie in Frankfurt von einer lächerlichen Angst geplagt waren, sonst auf das uferlose Meer der Strafrechtstheorieen hinaus in die Irre getrieben zu werden, weil sie sich darum lieber der eiteln Hoffnung hingaben, ganz abgesehen von der sonstigen, wenn auch noch so verkehrten, Grundlage, Absicht und Strafweise der bisherigen Strafgesetzgebungen, lediglich auf dem Wege der Gesetz-Ausführung, zum Wenigsten bei der Gefängnißstrafe, durch eine dem altüblichen Verfahren geradeswegs entgegengesetzte Art ihrer Vollstreckung, den Ansichten unsrer fortgeschrittenen Bildung und Menschlichkeit ganz unmerklich Bahn zu machen und den läuternden Geist der Besserungsstrafe gleichsam durch Hinterthür einzulassen, — hierin nicht unähnlich manchen Rechtsgelehrten die noch heute nicht anstehen, die Verfolgung des Besserungszwecks überhaupt nur so bei-

her als einen von vielen Nebenzwecken der Strafe und zwar nur der Gefängnißstrafe zu erwähnen! [2]) — Ueberdies bestand die Mehrzahl der Brüsseler Versammlung aus s. g. Praktikern und Technikern, von denen gar nicht zu erwarten war, daß sie auf der Stelle die Tragweite der beantragten Verständigung und deren Einfluß auf einen großen Theil ihrer eignen Bekümmernisse bemerken sollten und von denen Viele sehr verzeihlich vor Ungeduld brannten, ihre Ansichten und Erfahrungen über die Bauart, die beste Art der Heizung, der Lufterneuerung, der Anlegung der Abtritte und ähnliche, allerdings in ihrer Art äußerst wichtige, obwohl verhältnißmäßig sehr untergeordnete Dinge zur Sprache zu bringen. So stürzte man sich denn kopfüber in ein Meer von Einzelfragen, ohne sich bei deren Erörterung über den Zusammenhang oder Widerspruch mit dem Geist des Ganzen Sorgen zu machen, obwohl dieser Grundmangel von allen klaren Köpfen lebhaft empfunden und bei verschiedenen Anlässen berührt wurde [3]). In der That, wenn man absieht von einigen

---

2) Zu unserm Leidwesen sind wir dieser Ansicht auch noch in der Schrift von Jagemann „die Rechtsbegründung der Einzelhaft" 1849 begegnet, in der wir wenigstens Nichts zu finden im Stande waren was einer Zurückführung der Einzelhaft auf die letzten Gründe des Rechts und Strafrechts ähnlich sähe, obwohl sie sonst manches Gute enthält.

3) Da die „Débats du congrès pénitentiaire de Bruxelles 1847" die Verhandlungen hier sehr untreu wiedergeben und neben Unwesentlichem auch Wichtiges weggeschnitten haben (2½ Seiten), so muß ich auf den Moniteur belge (annexe au Nr. 265) p. XIII, 1 verweisen, wo z. B. Moreau-Christophe sagt: „— mais auparavant il conviendrait que l'assemblée posât le principe, qu'elle definît ce qu'elle entend par l'emprisonnement cellulaire. Avant de charger des architectes de faire le plan d'une cellule il faut que nous décidions ce que c'est qu'une cellule. Une cellule est une combinaison savante, une combinaison philosophique; une cellule est une prison complète dont l'assemblée doit déterminer les conditions physiques, les *conditions* de surveillance, les conditions morales. Il faut

wenigen vortrefflichen Andeutungen über den Geist der Strafweise der Vergangenheit und der Gegenwart in der Einleitungsrede des verehrungswürdigen Vorsitzers van Meenen, kam der nothwendige Grundsatz und Ausgangspunkt für alle wahrhaft zweckmäßige Berathungen einer mit so reichen Mitteln ausgestatteten Versammlung gar nicht zur Sprache, da auch der Verf. es vorzog, darüber lieber ganz zu schweigen, als, nach van Meenen's Rath, nur bei Gelegenheit einer Einzelfrage eine Besprechung darüber gleichsam einzuschmuggeln. Die nothwendige Folge von dem Allem war, daß der Gang der Verhandlungen unmöglich stetig und gemessen einem festen Ziel entgegenschreiten konnte, da dieses so sehr Vielen nur im Dämmerlicht erschien oder ganz dunkel blieb, daß vielfache Verwirrung, nicht wenige müßige Worte und Reden und manche übereilte Beschlüsse nicht zu vermeiden waren und auch künftig nicht ausbleiben werden, wenn nicht sofort bei der nächsten Zusammenkunft der erwähnte Grundfehler soviel möglich wieder gutgemacht wird. Diesen schriftlich etwas näher zu beleuchten, hält der Verf. um so mehr für seine Pflicht als er kaum hoffen darf, es demnächst mündlich thun zu können; er verbindet damit den Versuch einer kurzen Begründung des folgenden Antrags, der auf Beseitigung jenes Grundfehlers berechnet ist und den er sich eben darum erlaubt, der künftigen Versammlung, ehe sie in ihren Einzelberathungen weiter geht, zur Annahme und Erhebung zum Beschluß dringend zu empfehlen: Die Strafe, welche auf der Grundlage der Einzelhaft den Verbrecher zu bes-

---

que le prisonnier trouve dans sa cellule des conditions d'air, des conditions d'instruction, des conditions de moralisation et de travail. Toutes ces conditions doivent *être déterminées* avant qu'on puisse charger des archi*tectes de proposer* un projet de construction."

fern sucht, ist die einzige welche die Gerechtigkeit vollständig in Einklang bringt mit dem Besten der Gesellschaft und des Verbrechers selbst; alle Strafen im Gegentheil, die nur darauf hinauslaufen, diesem Letzteren ein leibliches oder geistiges Uebel zuzufügen, sey es zum Zweck der Einschüchterung oder der Wiedervergeltung, sind unvereinbar mit dem Geist der s. g. Pönitentiarreform [4]), d. h. einer auf gründliche Besserung der Verbrecher abzweckenden Einrichtung des Gefängnißwesens. Den innigen Zusammenhang der s. g. Pönitentiarreform mit der gesammten Strafgesetzgebung und Strafrechtspflege kann Niemand verkennen dem es klar geworden ist daß, sobald die durch jene beabsichtigte völlige Umwandlung unsrer Strafanstalten und der den Verbrechern darin zu Theil werdenden Behandlung auf der Grundlage der Einzelhaft ins Leben getreten seyn wird, mit ihr und durch sie die Freiheit- oder vielmehr die Gefängnißstrafe selbst ihrem innersten Wesen, ihrem ganzen Geist und Inhalt nach, sofort eine durchaus andere geworden ist als jene welche die bisherigen Gesetze und Urtheile im Auge hatten, daß folglich, insoweit diese Strafart so ziemlich die alleinherrschende werden sollte, wie sie es werden muß und täg-

4) Dies Fremdwort hat mit sehr vielen andern in unsre herrliche, sinnreiche Ursprache eingeschlichenen Fremdwörtern dies gemein, daß bei ihm, wie bei dem Ausdruck: Pönitentiarsystem, durchaus nichts Bestimmtes gedacht zu werden pflegt. Wir brauchen es hier in dem einzig statthaften Sinn, den ihm der Vorsitzende zu Brüssel beigelegt hat in den Worten: „C'est, en realité, *le système complet de la pénalité dans le but de l'amendement* que le congrès s'est donné la mission de créer, de faire connaître et adopter par l'opinion, et pénétrer par elle dans les lois et les institutions de toutes les parties du monde civilisé." S. *débats du congrès* pénit. de Bruxelles, p. 23.

lich mehr wird, zugleich die ganze Strafweise nach allen ihren Abstufungen (das s. g. Strafensystem) einen völligen Umschlag erfahren hat. In dieser wirklichen und wesentlichen Aenderung mag man nun bloß mit dem großen Troß eine s. g. „Verschärfung" der Strafe, eine größere „Härte und Grausamkeit" erblicken, oder man mag sie mit den weiter und tiefer Blickenden dem Zweck der Strafgerechtigkeit wie der Menschlichkeit entsprechender finden, — immerhin ist und bleibt sie eine unleugbare Thatsache, die, wenn man nicht auf Schritt und Tritt in schreiendes Unrecht und in die gröbsten Widersprüche verfallen will, unmittelbare Berücksichtigung finden muß sowohl in der Strafgesetzgebung selbst als in der Strafrechtspflege.

Daß beide dadurch eine tief eingreifende Rückwirkung und entsprechende Umgestaltung erfahren müssen, darauf ist zwar schon oft hingewiesen worden [5]), aber noch lange nicht oft und nachdrücklich genug; denn es bedarf wiederholter Anstrengungen und eines langen Hebels, um unsre Rechtsmänner von Fach aus dem alten Geleise zu bringen! Sie sind es nun einmal so gewöhnt, nach Art und Erfolg des Vollzugs der Strafe, auch wenn sie selber diese zu Recht erkannt haben sollen, durchaus nichts zu fragen, gleich als ob dies Alles die Rechtspflege ganz und gar nicht mehr angehe! Man sollte zwar meinen, schon der natürliche Menschenverstand und der unverschrobene Rechtsinn

---

5) Am Besten ist dies von Reichmann geschehen in seinen lange nicht nach Verdienst beachteten „Betrachtungen über das Strafrecht des Staats." 1836. Auch der Graf Skarbek hat darüber manches Bemerkenswerthes gesagt in seinem Aufsatz in Julius' Jahrbb. Bd. X. S. 5 fgg., dessen einzelne Uebertreibungen Varrentrapp's Nachwort berichtigt hat. Hierher gehört auch der achte der Frankfurter Beschlüsse: „Die Umarbeitung der Strafgesetzgebung u. s. w. *sind als nothwendige* Ergänzung der Pönitentiarreform *anzusehen.*"

ergäbe, daß vom Augenblick der Einführung der Einzelhaft an die im alten Gesetz vorgesehene und danach zuerkannte Art der Gefängnißstrafe hinterdrein für rechtlich unstatthaft erklärt und deßhalb unvollziehbar geworden sey, weil von ihr selbstverständlich Nichts mehr übrig ist als etwa der alte Name (z. B. Zuchthausstrafe), daß es mithin durch ein neues Urtheil einer angemessenen Umwandlung der Strafbestimmung bedürfe[6]). Daß namentlich eine ganz bedeutende Abkürzung der Strafdauer (1/6 wie in Schweden, 1/3 wie in Baden, ist noch viel zu wenig) sich daran knüpfen müsse, hat man ziemlich allgemein richtig gefühlt und diesem Gefühl hat der siebente der Frankfurter Beschlüsse wohl gethan einen Ausdruck zu geben und eine Forderung an die Gesetzgebung daran zu knüpfen; denn eine Strafeinrichtung, wie die Einzelhaft, kann unmöglich, gleich den alten, den Geist der Wiedervergeltung und Rache athmenden Strafen, bloß rückwärts blicken auf die begangene That und, gleich unabänderlich wie diese, als blindes Verhängniß den Thäter hoffnungslos belasten oder erdrücken, sondern sie muß zugleich vorwärts blicken in verständiger Bemessung und Begränzung nach einem zu erreichenden vernünftigen Erfolg — der Umstimmung des rechtswidrigen Willens; es wäre mithin völlig widersinnig, wenn auch sie ohne Rücksicht auf die nun unendlich gestiegene Wahrscheinlichkeit der Erreichung dieses ihres bestimmten Rechtszwecks zugefügt werden sollte, während vormals gerade umgekehrt, je länger ein Verbrecher bereits eingesperrt war, desto größer fast nothwendig seine Verdorbenheit und Gefährlich-

---

6) S. auch Reichmann a. a. O. S. 67. Mit Vergnügen und wahrer Ueberraschung ist der Verf. ähnlichen Gedanken auch bei einem französischen Rechtswalter, Hrn. von St. Vincent begegnet, dessen lesenswerthe Ausführung Julius' Jahrbb. Bd. XI. S. 65 fgg. mitgetheilt haben.

keit, desto nothwendiger dann folgerecht, um der Gesellschaft wenigstens eine äußere Sicherheit gegen ihn zu geben, seine fortdauernde Einsperrung bis zu seinem Lebensende gewesen wäre, statt daß man ihn, ganz unbekümmert um jene höchst wahrscheinliche Wirkung der bisherigen Zuchthauseinrichtungen, nach Ablauf der unter dem Namen einer unbegreiflichen Gerechtigkeit ihm vorausbestimmten Strafzeit unbedenklich wieder auf die Gesellschaft losließ.

Faßt man diese Grundverschiedenheit der möglichen und wahrscheinlichen Wirkung der Einzelhaft und der Haft in Gemeinschaft ins Auge, so kann man es gewiß nicht mit Gustave de Beaumont für ein irriges Vorurtheil halten, wenn in Frankreich, aber — um von Deutschland gar nicht zu reden — nicht minder in England, in Holland u. s. f. sehr vielfache Bedenken gegen eine lange, wohl gar lebenslange Dauer der Einzelhaft geltend gemacht werden, ja wenn dort die allgemeine Stimmung ziemlich ebenso gegen eine solche Dauer zu seyn scheint, wie sie entschieden für die Einzelhaft an sich ist, die auch in Amerika täglich mehr Anhänger gewinnt [7]. Hätte man

---

7) Dies ergeben z. B. die Mittheilungen von Jebb, Beaumont, Charles Sumner (in den débats du congrès de pénit. de Bruxelles, S. 3151; 137; 35; 49.) verglichen mit denen von Berenger und Baumhauer (in Julius' Jahrbb. der Gefängnißkunde, Bd. X. S. 200 fg. und Bd. XI. S. 55 fgg.). — Mit Recht hielt der Ausschuß der zweiten Kammer der Generalstaaten die Aufnahme einer lebenslangen Zuchthausstrafe für eine völlige Anomalie, sobald man ein Gefängnißsystem angenommen habe, daß auch den ärgsten Verbrecher für besserungfähig erkläre. Statt deren wollten Einige, um doch nicht alle Hoffnung abzuschneiden, sogar lieber 30 Jahre setzen, Andere bemerkten sehr richtig, daß man bei Bestimmung der Strafzeiten die unvergleichbar größere Wirksamkeit der Einzelhaft außer Augen gelassen habe und darum jene übermäßig hart ausgefallen sey. — Für sich klar ist, daß man auf eine gar nicht zu rechtfertigende Weise die auf Lebenszeit oder doch auf lange

diese Grundverschiedenheit, wie es bis jetzt noch nirgends geschehen ist, in ihrer ganzen folgenschweren Bedeutung richtiger gewürdigt, hätte man zuvor den rechtlichen Grund und Zweck, und folgeweise alle nähern rechtlichen Bedingungen und Gränzen für die Anwendung der neuen Strafart klar erkannt und ausgesprochen, anstatt sich nur gleichsam tappend auf dem neuen Wege fortzubewegen, so würden wir nicht mit Erstaunen bemerken, daß man z. B. in England 18 Monate als längste Dauer der Einzelhaft (einstweilen und versuchsweise) bestimmt hat, in der badischen Gesetzgebung 6, der pennsylvanischen 12, der niederländischen 15 Jahre, während die französische Regierung keinen Anstand nahm, Einzelhaft auch auf Lebenszeit zu zulassen; daß man ferner bald Verbringung außer Landes, bald Wiederherstellung der Gemeinschafthaft auf die Einzelhaft folgen zu lassen, bald sogar eine zeitweise Abwechslung zwischen Gemeinschaft und Vereinzelung anordnen zu sollen glaubte. Alle diese und viele andere Abweichungen der Gesetzgebungen, zumal in der innern Einrichtung und der dabei versuchten Abstufung der Einzelhaft, sowie in Hinsicht der übrigen damit verknüpften s. g. Zusatzstrafen, vorzüglich der Ehrenfolgen, verrathen deutlich daß bei der

---

Jahre Verurtheilten als verlorne Leute betrachtet und aufgibt, wenn man sie entweder von Anfang an in Gemeinschaft arbeiten läßt, wie in Dänemark und Schweden, oder doch nach Ablauf bestimmter Jahre, sey es ohne Weiteres, sey es nur auf ihren Wunsch, wie Dieses in Baden und Holland gesetzlich angeordnet ist. Wenigstens sobald man die unbedingte Verderblichkeit des Zusammenlebens von Sträflingen anerkannt hat, liegt darin eine lieblose Folgewidrigkeit, bei der man die Willkür übersehen hat, die in jeder gesetzlichen Ziehung einer Gränze zwischen kurz- und langzeitiger Haft um so mehr hervortreten würde wenn sich an diese Unterscheidung eine so grundverschiedene Behandlung knüpfen sollte, bei der man ferner an die Möglichkeit einer Begnädigung gar nicht gedacht hat. Das Beste dagegen ist zu Frankfurt von Wilworth Russell gesagt worden. S. Verhandl. S. 196.

ganzen Neuerung die Triebkraft einer bloßen richtigen Ahnung, von der man dabei ausging, nicht stark genug war um den Einfluß des Zufalls und der Willkür und die mit dem Neuen streitenden Ueberbleibsel des Alten überall vollständig zu verdrängen. Wird künftig eine ungemein viel kürzere Strafzeit, als die heutigen Gesetzgebungen sie für die schwereren Verbrechen bestimmen, in Einzelhaft zugebracht und gut benutzt, aber nur dann wird während desselben Großes und Gutes erreicht werden können für Staat und Verbrecher, da doch bisher auch während der längsten Strafzeiten Nichts, jedenfalls fast nie etwas Gutes erreicht wurde, wenn man anders nicht eine mittelbare langsame Hinrichtung, oder doch Zugrundrichtung aller leiblichen und geistigen Gesundheit für etwas Gutes hält.

Es muß überhaupt von nun an in der ganzen Strafgesetzgebung der veraltete Geist der bloßen Peinigung und des peinlichen Rechts, daß sich nur oder fast nur an den Körper des Verbrechers hielt, und auf sein Inneres ebenfalls höchstens durch geistige und sittliche Qualen, durch herabsetzende, entehrende, entsittlichende Behandlung einwirkte, einem andern und bessern Geist das Feld räumen, der auch in den geringsten Einzelbestimmungen ebenso die vollste Uebereinstimmung bezeugen muß mit der beabsichtigten gründlichen Umgestaltung der Strafhaft, wie der bisherige Geist einer bloßen unwürdigen rechtszweckwidrigen Quälerei, sey es nur des Körpers oder auch der Seele, in unversöhnlichem Gegensatz zu ihr steht. Und dennoch sehen wir, daß alles Ernstes Anhänger der Besserung des Gefängnißwesens und Freunde der Einzelhaft mitunter noch den krankhaften Gedanken festhalten, in und außer der Zelle entweder die altüblichen oder neuerfundenen Mißhandlungen der Sträflinge fortdauern zu lassen z. B. die Ketten ohne oder mit Kugel oder Klotz am Fuß gleich unbändigen Hunden, eiserne Ringe am Halse oder an den

Beinen, Schaustellung der Sträflinge, gleich wilden Thieren, für ein Eintrittsgeld, zweigetheilt mehrfarbige Kleider, gleich Hanswursten, harte Zwangsarbeit, dabei nicht selten eine zu allmählichem Hinsiechen oder Hinsterben führende s. g. „magere Kost", bisweilen „Hungerkost", die Peitsche oder, wie man sie in Pentonville umgetauft und als privilegium odiosum für das männliche Geschlecht beibehalten hat, die dreigeschwänzte „Katze" [8]), statt deren man in Sing-Sing die berüchtigten Sturzbäder, anderswo ähnliche Rohheiten unter dem Schilde der „Ordnungstrafen" eingeführt hatte. Man kann daher den in diesem Sinn gethanen Aeußerungen des Hrn. Hody (vormals procureur du Roi) nur beipflichten, der in der Brüsseler Versammlung hervorhob, daß deren Wirksamkeit ebensosehr auf das Beste der Gesellschaft als der Sträflinge abziele und daß er, obwohl er für die Zellenhaft zu-

8) Daß diese im „freien England" noch gehandhabt wird auch außerhalb der Gefängnisse, ja daß Soldaten dort mit „stripes" zeitweilig noch zu Tode gepeitscht werden, wissen nicht Alle so gut wie der Verf., der es selbst hat erleben müssen während eines kurzen Aufenthalts zu Göttingen nach der dortigen s. g. „todtgeborenen Revolution" im Jahr 1830, daß hannöversche Soldaten, die wegen vierwöchentlicher fortwährender Erbsennahrung, die ihnen aufs Aeußerste zuwider geworden war, eine Meuterei angezettelt hatten, nach den englischen Kriegsartikeln mit 300 Hieben begnadigt, d. h. unbarmherzig todt gemartert wurden. Wer diese englischen Gräuel kennt, der begreift den blutigen Hohn, mit dem zu Brüssel der russische Staatsrath de Zehe sich hierauf beziehen konnte, gleichsam um es außer Zweifel zu setzen, daß die in Rußland unaufhörlich geschwungene „Plett", die seit 1846 die Knute ersetzt, eine freisinnige Einrichtung sey (débats, S. 132). — Einen größeren Gegensatz kann man sich kaum denken, als die Gewandtheit, mit der dieser Herr überhaupt die russischen Zustände und Strafeinrichtungen ins Schöne zu malen verstand und die würdevolle Einfachheit und Offenheit, sowie das tiefe Gefühl, womit der Spanier Ramon de la Sagra die damaligen inneren Wirren seiner Heimat und demzufolge auch das Stocken der begonnenen Gefängnißverbesserung schilderte! —

nächst darum sey, weil sie das kräftigste, abschreckendste Gegenmittel gegen Verbrechen, die stärkste Bürgschaft der Sicherheit der Gesellschaft enthalte, doch darauf bestehen müsse, daß man ihre Strenge möglichst mildere, weil am Ende der Mensch, auch der schuldige, kein Hund, darum nicht, in Widerspruch mit seiner Menschenwürde, mißhandelt und gemartert, sondern nur festgehalten werden dürfe und auf die möglichst günstigsten Bedingungen für seine Gesundheit Anspruch habe, wovon es freilich unzertrennlich sey, daß er oft im Gefängniß bessere Nahrung erhalten müsse als er sie draußen gehabt habe; was, wie Düchatel in seinem Vortrag bei Uebergabe des Gesetzentwurfs von 1847 über das Gefängnißwesen richtig sagte, auch in Hinsicht auf Kleidung, Wohnung, Heizung, Arbeit und Arbeitslohn gilt, indem dies Alles den Verbrechern im erforderlichen Maß sicher sey, nicht aber allen freien Arbeitern.

Leider aber finden wir in dem eben erwähnten Entwurf wie in dessen Begründung und fast allgemein bei den Franzosen [9]), zumal den Rechtsfachmännern, ein ängstliches Bestreben, die Einzelhaft lediglich an die Stelle des früheren Zusammenlebens der Sträflinge treten zu lassen, im Uebrigen sie ganz und gar in Einklang zu bringen mit ihrem peinlichen Gesetzbuch, anstatt umgekehrt dieses mit ihr, von der doch die Regierung anerkannte, daß sie der Strafe „die ihr gebührende Eigenschaft eines sittlichen Zuchtmittels" wiedergeben, die Verbrecher „heilsamen Einflüssen aussetzen", „an ihrer Besserung arbeiten" solle, „auf eine erweiterte Herrschaft des Sittengesetzes abziele" u. s. f. Sie spricht sogar die Hoffnung aus, die Schutzvereine würden mit Erfolg das Werk der Besserung der

---

9) Dieselbe Bemerkung hat auch Varrentrapp gemacht in Julius' Jahrbb. Bd. X. S. 19 fgg.

Sträflinge nach der Absicht des Entwurfs fortführen und sichern, während man doch diese nach wie vor nicht allein durch öffentliche Ausstellung beschimpfen, sondern obendrein mit lebenslanger Ehrlosigkeit behaftet der Gesellschaft wiedergeben will; man hegt mithin zu dieser das Vertrauen, daß sie die vom Gesetz für verworfen Erklärten und gleichsam mitten unter den Menschen künstlich Vereinzelten, dennoch (weiser als das Gesetz) brüderlich aufnehme und unterstütze. Man bemüht sich angelegentlich das Bedenken zu entfernen, als führe die Einzelhaft nothwendig zu einer Einförmigkeit der Strafen, wodurch deren Wirksamkeit geschwächt oder vielmehr die vermeintliche Bedingung von dieser: die im peinlichen Gesetzbuch angeordnete dreifache Abstufung der Strafhaft — beseitigt werden könnte; man setzt ein Hauptverdienst des Entwurfs gerade darin, daß er diese Abstufung nicht allein beibehalte sondern noch schärfer auspräge und wirksamer mache mittelst verschiedener Strenge der Hausordnung, Beschwerlichkeit der Arbeit und Lage der Gefängnisse (in Frankreich oder Afrika) u. s. f., kurz: verschiedener Grade der Härte der Behandlung! Wie sklavisch man sich dabei in dem zauberähnlichen Banne des alten barbarischen Gesetzbuchs herumbewegt, an das zu rühren man für „gefährlich" hält, spricht sich vielleicht nirgends argloser und stärker aus, als in den Worten von Moreau-Christophe, der von der neuen „einfach und vernünftig eingerichteten" Abstufung des Entwurfs sagt: „Danach werden alle zur Zwangsarbeit Verurtheilten ihre Strafe in einem Zellengefängniß verbüßen; sie „werden ihr Brandmark beibehalten d. h. ihre Kugel am „Fuß anstatt des Zusammenkettens von je Zweien; „denn das peinliche Gesetzbuch sagt: Die zu Zwangs„arbeiten Verurtheilten werden zu Zweien zusammenge„kettet oder werden eine Kugel am Fuß nachschlep-

pen" [10]). Will man auf diese Weise den alten Geist der Peinigung auch in die Zelle übertragen, dann spare man doch die schönen Redensarten von beabsichtigter „Versittlichung" der Sträflinge, die, solange diese sich mißhandelt fühlen, fort und fort gereizt und erbittert werden, geradeswegs unmöglich ist; man gestehe, daß man nur entweder nicht genug Muth oder Folgerichtigkeit des Denkens besitzt, um unsrer menschlicher und feinfühliger gewordenen Zeit gleichermaßen in allen andern Stücken Hohn zu sprechen und die Zelle, anstatt nur theilweise, lieber ganz und gar in eine bloße Marterkammer für ihren Bewohner zu verwandeln, lediglich darauf berechnet, ihm zur äußern Wiedervergeltung oder Abschreckung Körper- und Geistesleiden zuzufügen, also auch wieder, wie vor Zeiten und wie zum Theil noch heute, durch mehr oder minder schlechte Nahrung, Kleidung, Lagerung, Wohnung und Heizung, durch zeitweise vorgenommenes wohlabgestuftes Peitschen, schwerere oder leichtere Eisen und dergl. m., sie planmäßig zu mißhandeln.

Ganz ähnlich hat man z. B. in Holland, aber auch in Deutschland und in Schweden besondere Bestimmungen über das Gefängnißwesen auf der Grundlage der Einzelhaft in „Uebereinstimmung" mit neuen Gesetzbüchern zu bringen, also auch bringen zu können geglaubt, worin einzele entehrende Strafen, lebenslängliche Gefängnißstrafen und Lebensstrafen beibehalten sind.

---

10) S. Débats du congrès pénit. de Bruxelles. S. 32. Vergl. auch die Aeußerungen von G. de Beaumont ebend. S. 36 und des Ministers Dûchatel in Julius' Jahrbb. a. a. O. S. 27. — Daß in Frankreich Regierung und Kassationshof an die Möglichkeit der Annahme der Zellenhaft, ohne deßhalb das Str. G. B. zu ändern, glaubten, hatte zu Frankfurt *schon* Ardit versichert, Mittermaier aber mit Nachdruck *diese* Möglichkeit in Abrede gestellt; s. Verhandlungen S. 258.

Um überhaupt richtig zu ermessen, welche Rückwirkung die mit der Einzelhaft bezweckte Umgestaltung des Strafgefängnißwesens auf das ganze Strafrecht haben muß, ist es unumgänglich daß man sich vor Allem Rechenschaft gebe über die wahre Bedeutung jenes folgenreichen ersten Schritts zu einer besseren Zukunft, über den leitenden Grundgedanken, der den Regierungen wie der öffentlichen Meinung eine neue Richtung zu geben anfing, der die fast einstimmigen Beschlüsse der Frankfurter Versammlung zu Gunsten der Einzelhaft hervorrief und der zugleich die unerläßlichen näheren Bedingungen und Beschränkungen ergibt, unter denen allein die Einzelhaft rechtlich zulässig und wahrhaft heilbringend seyn kann [11]).

Dieser Gedanke war offenbar kein anderer [12]) als der, daß man in ihr das einzige Mittel erkannt hat —:

1) um die Verbrecher nicht noch mehr zu verschlechtern; was sich nach aller Erfahrung als ganz unvermeidlich gezeigt hatte sobald man sie mit einander in Gemeinschaft, also gleichsam in ein Verhältniß des wechselseitigen Unterrichts im Bösen brachte;
2) um sie überhaupt in die Lage zu setzen, die allein eine gründliche Umstimmung ihres unrechtlichen Willens möglich macht.

Daß aber Beides — jenes Verneinige wie dieses Bejahige — erstrebt d. h. alles dafür von Außen Nöthige und Mögliche den Verbrechern geleistet werden müsse, erkannten oder ahnten wenigstens die Meisten

---

11) Z. B. bei den jugendlichen Verbrechern, wie darüber, nach dem Zeugniß der Brüsseler Verhandll., nur eine Stimme war.

12) Besonders schön und zum Herzen sprechend hat sich in diesem Sinn in der Versammlung zu Frankfurt Hr. Laroque geäußert. S. die Verhandll. S. 143 fgg.

als ein Recht des Verbrechers selbst wie der ganzen bürgerlichen Gesellschaft. Wir sagen: als Recht; denn als Recht im wahren Sinn fodern wir Alle, bewußt oder unbewußt, von einander die Gewährung sämmtlicher verneinigen und bejahigen Mittel oder Bedingungen zum Zweck echt menschlichen Lebens und Zusammenlebens [13]. Die Anwendung dieses Begriffs von Recht auf die Strafe und Zelle ist eben so leicht als unerläßlich. Denn es ist wahrlich nicht genug, daß man zwar die Frage aufwirft, die schon der Vorsitzende in seiner Einleitungsrede an die Brüsseler Versammlung gestellt hat: worin besteht die Strafe des Gefängnisses? will sie etwa blos die Freiheit der Orsveränderung oder die Freiheit des Verkehrs oder von Beidem zugleich aufheben? oder daß man mit Moreau-Christophe nur abermals ausruft: was ist die Zelle? aber eine bestimmte Antwort auf diese entscheidende Frage schuldig bleibt; da eine solche auch in der bloßen auf Eindruck berechneten Redensart des Hrn. Wolowski, sie sey „ein Hemd von Stein" schwerlich Jemand finden wird.

Es leidet keinen Zweifel, daß man aus der Zellenhaft das Verschiedenartigste, ja gerade Entgegengesetztes machen kann, je nachdem man sie auf diesen oder jenen Zweck berechnet. Es liegt z. B. sehr nahe, daß man sie in Rußland in ganz andrer Absicht einführen will als anderwärts, sofern es seine Richtigkeit mit dem Grunde hat, den uns der Staatsrath von Zehe dafür angeführt hat: „daß nämlich Sibirien nicht mehr soviel Schrecken einflößt

---

13) Für diese Wahrheit muß ich mich hier begnügen, mich auf den Rechtsinn des Lesers zu berufen. Ihr streng wissenschaftlicher Nachweis ist in meinen „Grundzügen des Naturrechts" 1846 zu führen versucht worden, ebenso in meines Freundes Ahrens „Cours de droit naturel" 3e édit. 1848; worauf ich mir also wohl erlauben darf für das Nähere zu verweisen.

als sonst, ja von Vielen Rußland selbst vorgezogen wird und werden kann"! Jedenfalls sollte man erwarten, daß von jeder Regierung, wenn sie eine so wichtige Veränderung vornehmen will, ein bestimmter Zweck ins Auge gefaßt werden müßte, da ja kein Verständiger in den Tag hinein zu handeln pflegt und da doch Wenige seyn möchten, die es schon so weit gebracht haben die Zellenhaft in ähnlicher Art für einen Selbstzweck anzusehen, wie von Jagemann den Zweck der Freiheitstrafe ja sogar der Strafe überhaupt in der bloßen Freiheitbeschränkung erschöpft zu glauben scheint [14]).

Wir wiederholen: uns ist es schlechthin unbegreiflich, wie einem denkenden Kopf entgehen kann, daß es unmöglich ist die rechten Mittel auszuwählen, wenn man nicht weiß: wofür, — der Strafe und also auch der Zelle die einzig zweckmäßige Einrichtung zu geben, solange man durchaus im Unklaren ist über den Zweck selbst, auf den man hinsteuern soll. Soviel aber ist gewiß:

1) durch die Strafe — also auch, sofern die Zellenhaft einen Theil derselben bilden soll, durch die Zelle — soll

14) S. dessen „Rechtsbegründung der Einzelhaft" S. 8, wo mit dürren Worten gesagt ist: „Zweck der Freiheitstrafe ist die Beschränkung der Freiheit auf ein möglichst geringes Maß"!! — und S. 26, wo es heißt: „Erkennt man — den Zweck der Strafe in der Beschränkung der Freiheit, so kann kein Zweifel bleiben, daß das rechte Mittel — nur in — Einzelhaft bestehen kann"! — Hieran wird auch dadurch Nichts gebessert, daß S. 24 bemerkt wird: „das Wesen der Freiheitstrafe ist — von der Idee der Gerechtigkeit herzuleiten; ihr Zweck nur darin zu erkennen, daß — ein lebendiges Rechtsgefühl im Volk erhalten und befestigt werde"; denn ganz Dasselbe kann von jeder andern Rechtseinrichtung gesagt werden, z. B. vom Gantverfahren. Was von dergleichen Allgemeinheiten zu halten ist, glauben wir zur Genüge in unserer Kritik der „Gerechtigkeitstheorie" des Hrn. von Preuschen von und zu Liebenstein in Richter's und Schneider's krit. Jahrbb. für deutsche R.W. 1841. Heft 9. *nachgewiesen* zu haben.

dem Verbrecher sein Recht werden, das heißt: es sollen ihm die Bedingungen der möglichen Gutmachung seines Verbrechens zu Theil werden.

2) Ebenso gewiß ist aber das Wesen des Verbrechens nicht in einem äußeren Schaden zu suchen, der immer nur etwas sehr Zufälliges dabei bleibt, sondern in der bethätigten Verkehrung des Willens zum Unrecht.

Jede tiefere Betrachtung lehrt aber, daß diese so eben in That ausgebrochene unrechtliche oder widerrechtliche Willensstimmung ihren eigentlichen Sitz und ihre Quelle immer nur hat in irgend einem Mangel oder einer Fehlrichtung (Verderbtheit) des Willens selbst oder der Seelenkräfte, von denen der Gegenstand des Willens, das Gewollte, abhängt, nämlich der Erkenntniß und des Gefühls, indem die fehlerhafte Beschaffenheit oder Richtung einer oder mehrer dieser Grundkräfte des Geistes bei der ersten verführerischen Gelegenheit hervorbricht.

3) Demnach kann der einzige maßgebende Gegenstand und Zweck der Strafe nur seyn: der, vom sittlichen und rechtlichen Standpunkt aus betrachtet, verkehrten und in sofern krankhaften Beschaffenheit des Willens, die in der widerrechtlichen Willensbestimmung hervorgetreten ist, entgegenzuwirken, sie aufzuheben in ihren Gründen, m. a. W. unmittelbar oder mittelbar die besondern Antriebe zum Verbrechen zu entfernen. Nur ein Heilverfahren dieser Art würde der Arzt mit Fug ein gründliches, „rationelles" nennen, und keine Aehnlichkeit ist sprechender und lehrreicher als die des Verbrechens mit der Krankheit, der Strafe mit dem Heilverfahren. So wenig aber diese die einzele Krankheit-Erscheinung die Krankheit selbst ist und den Gegenstand des Heilverfahrens ausmachen darf, so wenig kann und darf auch das Heilverfahren des strafenden Staats bloß

(wie man sagt „symptomatisch" und „palliativ") an den einzelen Ausbruch des verstimmten Willens, das Verbrechen, sich halten, das nur im Zusammenhang mit seiner Quelle, die nur mit Hülfe der gesammten Lebensgeschichte des Verbrechers ganz sicher aufgefunden zu werden pflegt, sich richtig würdigen und bestrafen läßt.

Halten wir fest daran: Der Staat, als diejenige gesellschaftliche Einrichtung, deren nächste Aufgabe in der Verwirklichung des Rechts besteht, ist wie das Recht selbst ein lebendiger Gliedbau, es ist darum unmöglich auch beim Rechtsleben der Gesellschaft die Gesundheit des Ganzen zu erreichen und zu fördern auf Kosten des kranken Gliedes. Das Beste Beider ist untrennbar verbunden [15]); nur gründliche Heilung des Gliedes beseitigt zugleich völlig jede fernere Gefahr für das Ganze. Nur in diesem Sinn verstanden und geübt ist die Strafe gleichbedeutend mit der Züchtigung [16]); nur dann ist sie kein bloßes Mittel der

---

15) Ardit bemerkte in den Verhandll. zu Frankfurt S. 69, daß Dies bei der französischen Regierung zur festen Ueberzeugung geworden sey.

16) Sehr gut hat der Vorsitzende der Brüsseler Versammlung gezeigt (s. débats S. 94), daß Beides zusammenfallen müsse, als Bedenken laut wurden über den Ausdruck „maison de correction"; er sagt: „corriger c'est punir pour éduquer; le mot corriger renferme en lui-même la pensée exprimée par ces deux mots — —". Zu welcher Begriff- und Sprachverwirrung der eitle Versuch führt, Beides scharf zu trennen, wohl gar als entgegengesetzt anzusehen, darüber können die ganzen Erörterungen zu Brüssel über die Behandlung der jugendlichen Verbrecher auch dem verstocktesten Rechtshandwerker die Augen öffnen; denn hier merkt wohl ein Jeder, daß die Bestrafung, um nicht geradezu unmenschlich zu seyn, die Eigenschaft des erziehenden Zuchtmittels („éducation correctionnelle") nicht entbehren könne. Selbst das barbarische fränzösische peinliche Recht sah diese Nothwendigkeit ein und gab dem Richter den Ausweg an die Hand, daß er erkläre, es sey „sans discernement" gehandelt, um junge Missethäter vor dem völligen Zugrunderichten

Peinigung und des Unheils, sondern ein segenreiches Heilverfahren, eine **Wohlthat** für den Staat und alle seine Glieder, mit Einschluß des Sträflings selbst, nicht, wie bisher, ein **Uebel** für sie Alle. Die Strafe ist immer eine Arznei, die meistens äußerst herbe, daher sehr begreiflich selten oder nie nach dem Geschmack des Sträflings seyn wird, die aber dennoch der „Seelenarzt", wie schon die Griechen den Strafenden nannten, gibt und geben muß, nicht um dem Verbrecher ein Leid anzuthun, nicht **damit** sie ihm **bitter schmecke**, sondern damit sie ihre **innere Heilkraft** an ihm bewähre und ebendeßhalb endlich mit den Gefühlen des innigsten Danks als eignes Bestes von ihm erkannt werden könne und müsse. Soll die Gesellschaft ihre verlorenen Söhne in Wahrheit wiedergewinnen, so ist es nur dadurch möglich, daß sie in der angegebenen Weise mit väterlicher Strenge Alles versucht, was zu deren sittlicher Rettung erfoderlich ist, daß sie zu dem Ende mit liebevollem Ernst den Gefallenen die Hand reicht um ihnen zur Wiederaufrichtung behülflich zu seyn, anstatt sie mit herzloser Kälte in die Nacht hoffnungsloser Verdammniß, wohl gar auf Zeitlebens, hinauszustoßen.

Nur die eben erwähnte Behandlung der mit Recht für **sittlich unmündig** vom Staat Erklärten entspricht dem **Zweck aller Bevormundung**. Soll aber überhaupt die Strafe **rechtlich** einen Sinn haben, so kann sie nur als eine Art der Bevormundung aufgefaßt werden und hat demnach die Aufgabe: vermittelst zweckmäßiger Freiheitbeschränkung des Verbrechers Diesem eine Nacherziehung zu Theil werden zu lassen, die soviel mög-

---

von Staats wegen d. h. vor seinen eignen Strafen retten zu können. (S. z. B. débats S. 63 u. 64.) Wie oft die Richter *diesen* Ausweg ergreifen, bezeugt der Vicomte **von** *Melün* (s. débats S. 93).

lich Das gutmacht, was in der Vorerziehung — und zwar niemals ganz ohne Schuld der Gesellschaft, ja nicht selten hauptsächlich durch ihre Schuld — verfehlt worden ist, so aber ihn zu der vollen äußern Freiheit allmählich zu befähigen, deren er bisher sich unfähig erwiesen hat. Den Versuch dazu ist sie ebensowohl sich selbst als dem Verbrecher schuldig und darf sich nicht voreilig davon loszählen durch den ebenso nichtswürdigen und leichtfertigen als bequemen Vorwand, daß er ein unverbesserlicher Unmensch sey, den man ebendeßhalb auch als ein völlig entmenschtes Geschöpf, m. a. W. gleich einer „durch das Verbrechen bezeichneten Sache" (van Meenen) behandeln, gleich einem wilden Thier, einerlei wie, bloß unschädlich machen dürfe.

1) Nun aber ist es die Einzelhaft allein, die in der Regel [17]) Behandlung in diesem Geist geradezu erst möglich macht; sie macht daher ein Hauptstück der verneinigen (Hindernisse entfernenden) Seite der gerechten Strafweise aus. Eine solche vernei-

---

17) Eine Ausnahme wird diese Regel bei jungen Verbrechern wenigstens in der Art gewiß nicht erleiden dürfen, daß man etwa diese ohne Weiteres, sey es in Ackerbauanstalten oder irgendwie sonst, in Berührung mit einander bringen dürfte, da dies schwerlich viel weniger gefährlich für sie selbst und die bürgerliche Gesellschaft seyn möchte als bei erwachsenen Verbrechern.

Ebenso unzulässig erscheint es unbedingt die Staatsverbrecher von der Sonderhaft auszunehmen, wie die französische Regierung in dem Entwurf von 1847 mit fast allgemeiner Zustimmung es gethan hat; denn sie selbst haben so gut ein Recht nicht zusammengesperrt zu werden wie alle andern Gefangenen, abgesehen davon, daß dies unter Umständen sehr gefährlich seyn kann, wie Moreau-Christophe es veranschaulicht hat an der eben dadurch in St. Pelagie herbeigeführten Verschwörung der Legitimisten mit den Republikanern im Jahr 1834. S. die „Verhandll. der ersten Versammlung für Gefängnißreform" S. 224 fg. Wohl aber sollte ihnen, wie den Untersuchungsgefangenen, gestattet werden dürfen zusammen zu seyn, falls sie selbst *es wünschen* und nicht besondere Gründe es verbieten.

nige Seite ist überhaupt bei jeder Erziehung von ungemeiner Wichtigkeit, vor Allem aber hier, wo nur sie es vermag einer wahren Besserung den Weg zu ebnen, d. h. die zahllosen äußeren und inneren Störungen derselben und ihrer Vorbedingung: der nöthigen Sammlung und Einkehr des Verbrechers bei sich selbst, die stete Aufregung und Reizung böser Lüste und Neigungen und alle jene Versuchungen und Ansteckungen zu beseitigen wie sie in der sittlichen Pestluft jeder Verbrechergemeinschaft, sey es mit sei es ohne aufgedrungenes Stillschweigen, ganz unvermeidlich sind. Nur deßhalb und nur in sofern habe auch ich in der Versammlung zu Frankfurt für die Einzelhaft gestimmt.

2) Aber man darf dabei nicht stehen bleiben; denn Verneinungen oder Beschränkungen, auch der äußeren Freiheit, wie jede Erziehung und Bevormundung deren viele mit sich bringt, können nie Selbstzweck, nie ganz unbedingt und auf die Dauer anwendbar seyn, sondern nur als Mittel gelten für etwas Bejahiges (Positives), für irgend einen (positiven) Zweck, durch dessen Erreichung sie demnächst überflüssig werden und werden sollen, Berechnetes. Nur danach also läßt sich auch einzig zweckmäßig die Einrichtung, der Umfang und die Dauer der Einzelhaft bestimmen.

Die Unerläßlichkeit dieser bejahigen (positiven) Seite der gerechten Strafweise ergibt sich ebenfalls ganz von selbst aus der oben berührten wesentlichen Auffassung der wahrhaft rechtlichen Strafe als Bevormundung und demzufolge aus ihrem Zweck, der darin besteht, ihren Grund: die sittliche und rechtliche Unmündigkeit des Verbrechers — völlig aufzuheben. Hiernach darf die Strafbehandlung (um wenigstens ihre Grundzüge anzugeben) namentlich:

a) nicht bloß, wie die Abschreckung- und Vergeltungstrafen, an den Körper, an die Sinne, an das Thier im Menschen sich halten, wie Hinrichtungen und Martern, Verstümmlungen und Brandmark, Prügel, Ketten u. dgl. es thun, sondern an den ganzen Menschen und zunächst an seine sittliche, vervollkommnungsfähige Natur. Bei aller Menschenbehandlung wird nur Der nie eine Fehlrechnung machen, der auf diese rechnet, sie anzuregen und zu benutzen versteht. Die Strafe muß mithin vor Allem immer Rücksicht nehmen auf das Vermögen vernünftiger Selbstbestimmung, woran es auch dem anscheinend sittlich unrettbaren, verthierten Menschen nie ganz fehlt; sie darf nie bestehen in einem beständigen, überall den Verbrecher bis ins Kleinste ängstlich verfolgenden, ihm keinerlei freie Bewegung gönnenden leiblichen und geistigen Zwang, einer bloßen Abrichtung. Wie bei jeder Erziehung, so darf man auch bei der des Verbrechers auf diesem letzten Wege sich nicht träumen lassen je des inneren Menschen Herr zu werden, der nur gewonnen werden kann mit Hülfe seines bessern Selbst, seiner an sich guten, bisher nur mißleiteten, Kräfte.

Wer es versteht und die Mühe nicht scheut diese Kräfte anzuregen, zu stärken und richtig zu leiten, den Verbrecher, wenn auch anfangs wider dessen Willen, und insofern zwar durch rechtlichen Zwang aber ohne rohe Gewalt, in diejenige Lage zu versetzen worin ihm soviel möglich alle äußeren Bedingungen gegeben sind, die der Entwickelung der inneren Bedingungen eines guten Gebrauchs jener Kräfte entsprechen, Der wird unfehlbar bald die guten Früchte dieses Verfahrens reifen sehen. Denn es ist unausbleiblich, daß nicht der Sträfling dann die überwiegenden Vortheile jener wohlthätigen Einflüsse seiner

neuen Lage mehr und mehr begreifen, sich ebendarum bald in sie finden lerne, vom unwilligen zum willigen Gehorsam übergehe, kurz daß nicht unter so guter Gewöhnung die bessere Seite des Menschen unmerklich die Oberhand erhalten sollte. Will man dies einen mittelbaren Zwang zur Besserung nennen, so wird dessen Möglichkeit wenigstens nur Der bestreiten, der aller Menschenkenntniß bar ist und vergißt, daß die innere Freiheit des Menschen keine von Außen gar nicht bedingte ist [18]).

Unmittelbar zwingen sich zu bessern kann man aber freilich keinen Menschen, wie schon vorhin bemerkt worden ist; da kein der Selbstbestimmung mehr oder minder fähiges Wesen sich, gleich einer Harfe, rein leidend stimmen läßt. Wer aber im Geringsten überlegt, muß einsehen, daß sich hieraus kein Grund gegen den Besserungszweck der Strafe herleiten ließe, der nicht auch gegen die Möglichkeit aller Erziehung spräche, mithin zuviel bewiese. Und wenn es ja einen Züchtling gegeben hat, wie Jagemann erzählt, der in die Worte ausbrach: „in dieser Anstalt will ich mich nicht bessern"! — so werden doch wohl wir Alle in Dem was wir für Recht zu halten haben, der Staat in dem was er zu thun und zu lassen hat, ebensowenig bestimmt werden sollen durch diesen Ausbruch kindischen Trotzes und überhaupt durch unverständige Ansichten von Sträflingen, als etwa ein Vater sich irre machen lassen wird und darf in der Erziehung seines kleinen Sohns durch dessen zornigen Ausruf: „ich will nicht artig seyn", der jedenfalls weniger selten ist.

Um nur ein Beispiel jenes mittelbaren Zwangs zum Guten anzuführen, so lehrt die Erfahrung aller Zeiten, wie Weniges und Schlechtes Frohn- und Sklavenarbeit in Verhältniß zur freien Arbeit leistet, ganz abgesehen da-

---

18) S. meine „Grundzüge des Naturrechts" 1846. §. 32. 50. 51.

von wie theuer sie sonst erkauft werden muß. Nun hat man die Wahl, ob die Arbeit der Sträflinge bloß eine solche Zwangarbeit seyn soll, wobei die Sklavenpeitsche oder ein ihr ähnliches Zwangmittel kaum zu entbehren seyn wird oder eine freiwillige Arbeit; denn es müßte mit einem Wunder zugehen und der Thätigkeitstrieb müßte nicht tief im Menschen gewurzelt seyn, wenn er sich nicht leicht und ohne rohe äußere Gewalt wecken und nähren ließe, wenn nicht Sträflinge mit Freuden nach einer Beschäftigung greifen und die Arbeit liebgewinnen sollten, falls sie ihnen angeboten wird als ein Gegengift gegen die peinliche Langeweile eines von jeder äußeren Zerstreuung abgeschiedenen Aufenthalts in der Zelle, falls man ihnen soviel irgend möglich die Wahl einer ihnen selbst erwünschten Beschäftigung freistellt, falls endlich ein nach billigem Verhältniß bestimmter Antheil ihres Arbeitverdienstes ihnen sogleich zur Verfügung für gute Zwecke (zumal zur Unterstützung der Ihrigen und möglichstem Ersatz des etwa durch ihre That gestifteten Schadens) anheimgestellt, ein anderer in der Regel ihnen aufgespart und nach Ablauf ihrer Strafzeit als kleiner Grundstock mit auf den Rückweg in das bürgerliche Leben gegeben wird [19]. —

In eben dem Maß als man den Menschen zum bloßen todten Getriebe herabwürdigt, zum Rad in einem klappernden Räderwerk, wird unvermeidlich die Sittlichkeit in ihm ertödtet. Nur zum Nachtheil dieser muß demnach,

---

19) Da die Gründe für diese Bestimmungen gleiche Geltung haben bei allen Sträflingen, so ist es gewiß nicht zu rechtfertigen, wenn der erwähnte französ. Entwurf von 1847 den Versuch macht durch Unterscheidungen in dieser Hinsicht neue Mittel der Abstufung der Strafhaft (dem Inhalt, nicht bloß der Zeit nach) den alten beizufügen, indem danach nur den zu einfachem Gefängniß Verurtheilten die Wahl ihrer Beschäftigung, überdies die Hälfte, den Züchtlingen 4/10, den Zwangarbeitern nur 3/10 ihres Arbeitverdienstes zu Gut kommen soll.

gleich der völlig zweck- und sinnlosen Quälerei der „Wind mahlenden" Tretmühle, jede solche Arbeit der Sträflinge ausschlagen, wodurch, wie bei jedem fabrikmäßigen Betriebe, die einzelen Arbeiter immer nur Stückwerk zu machen, nie etwas Ganzes zu schaffen haben. Nur aber wenn dies Letzte der Fall wäre, könnte der Arbeiter, was er zu Stande bringt, als sein Werk betrachten und sich dessen freuen; nur dann hat seine Arbeit, indem sie zugleich seine Geisteskräfte vielseitig anregt und beschäftigt, ihren Lohn schon in sich selbst und ist es möglich, daß er sie mit Lust und Liebe betreibt. Die hohe Bedeutung, welche die verschiedene Art oder besser der verschiedene Geist der Arbeit für die Anregung der Geistes- und Gemüthskräfte hat [20]), scheint nicht Wenigen ebenso entgangen zu seyn wie überhaupt der entschiedene Gegensatz alles Mechanisirenden zu dem Versittlichenden [21]).

---

20) Manches Gute darüber findet sich in Julius' Jahrbb. bes. Bd. XI. S. 97 fgg.

21) Dies war auch der Fall bei Hrn. Moreau-Christophe, wenn er z. B. die Ansicht aussprechen konnte, daß es gleichgültig sey, ob Tausend oder einige Hundert Verbrecher in derselben Strafanstalt untergebracht werden, ja sogar daß — vom wirthschaftlichen Gesichtspunkt aus — das Erstere vorzuziehen sey, weil dann der theuern Angestellten soviel Wenigere zu seyn brauchten und man nur dann hoffen könne mittels eines Unternehmers, der sich in der Nähe ansiedle (und die Gefangnenarbeit miethe), mit Erfolg den Betrieb von Großgewerben in den Gefängnissen eingeführt zu sehen; „da nun aber 1000 Gefangene mehr Arbeit thun würden als 500, so sey es einleuchtend, daß auch die versittlichende Kraft der Arbeit in eben dem Verhältniß zunehmen werde, wie die Zahl der Gefangenen" (! !!). (S. débats du congrès pénit. de Bruxelles. 1847. S. 102 fg.) — Was hier aber an Gelde erspart wird, wird sicher auf Kosten der Zweckerreichung erspart, denn dieselben Angestellten können für die dreifache Gefangnenzahl unmöglich dasselbe leisten was für die einfache; sie sind dann gezwungen, ihre hochwichtigen Geschäfte ebenfalls fabrikmäßig und mechanisch zu treiben.

Da die Aeußerungen der nicht *belgischen* und *französischen Redner* zu Brüssel von den Schnellschreibern vielfach

b) Die Strafe muß nicht nur die Persönlichkeit sondern auch die Individualität des Verbrechers

---

höchst liederlich aufgezeichnet wurden und namentlich meine Erwiderung auf die eben erwähnten Ansichten von Moreau-Christophe dermaßen lückenhaft und stellenweise fast bis zum Unsinn verunstaltet in den Moniteur übergegangen ist, daß ich sie kaum wiederkannte, von da aber, gewaltsam verbessert durch Wegschneidung des entstellten Schlußsatzes sammt einem Theil der lebhaften Erörterung die er zur Folge hatte, in die angeführte amtliche Ausgabe, so ist es hier wohl am Ort, in Kürze das was man mich hat sagen lassen zu berichtigen: Ich hob hervor, daß jene wirthschaftlichen Gesichtspunkte ganz untergeordnete seyen gegen den der Erreichung des Zwecks der Versittlichung, und daß nicht nur 1000 Gefangene in demselben Hause viel zu viel seyen, sondern mir sogar die Zahl von 300 nicht scheine überschritten werden zu dürfen, wenn man es hierauf und nicht auf bloße Mechanisation der Sträflinge abgesehen habe. Auf diese letztere laufe Alles um so mehr hinaus je mehr Sträflinge man in derselben Strafanstalt aufhäufe, und zugleich würden in eben dem Maße die durch unsre Beschlüsse zu Frankfurt als nothwendig erkannten täglichen Besuche des Vorstehers, Geistlichen u. s. w., mithin auch deren heilsamer Einfluß auf die Sittlichkeit, völlig illusorisch, wie dies auch noch kürzlich mit allem Recht ein berühmter deutscher Arzt (Pfeufer) behauptet habe; denn es sey leicht herauszurechnen, daß bei 500 Gefangenen noch nicht 1½ Minuten auf jeden Besuch kommen könnten, also höchstens soviel Zeit als zum Auf- und Zumachen der Thür jeder Zelle hinreiche. So habe man denn, in Widerspruch mit unserm Frankfurter Beschluß, anstatt der Trennungshaft, deren Anhänger ich sey, der That nach eine gänzliche Vereinsamung („l'isolement absolu, le secret" waren meine Worte), gegen die man aufs Entschiedenste Einspruch thun müsse. —

Seitdem hat sich diese meine Ueberzeugung durch die Erfahrung nur zu sehr bestätigt. Da man den großen Fehler gemacht hat (und daß es ein solcher sey, hat der frühere Vorstand des badischen Ministeriums des Inneren, Hr. Bekk, mir nicht in Abrede gestellt), das badische Zellengefängniß in der kleinen Stadt Bruchsal zu erbauen, anstatt in einer der größten Städte des Landes, so ist an wirksame Unterstützung der Angestellten durch eine zahlreiche Gesellschaft von Menschenfreunden gar nicht zu denken. Alles, was von sittlicher Seite für die Gefangenen geschehen müßte, lastet auf den, überdies durch Führung von Verzeichnissen und vielerlei Schreibereien sehr in Anspruch genommenen, Beamten und hauptsächlich auf den Geistlichen der Anstalt. Haben diese *nun täglich vorschriftmäßig* ⅓ der Gefangnen ihres Bekennt-

achten. Diese hochwichtige, bisher so gut wie gar nicht beachtete Foderung entspringt zunächst aus dem Individualitätsrecht, das auch dem Sträfling nicht verkümmert werden darf. Seitdem ich dieses Recht in meinen „Grundzügen des Naturrechts" zum ersten Mal näher entwickelt und auf dessen weitreichenden Einfluß auf das Strafrecht in meiner kleinen Schrift „Zur Rechtsbegründung der Besserungstrafe" aufmerksam gemacht habe, konnte ich mit Vergnügen in mehren Schriften Andrer die Wirkung dieser Ausführungen wahrnehmen. Es bleibt aber das besondere Verdienst des Amerikaners

---

nisses besucht, d. h. zwischen 60 und 80, so kommen dennoch, auch wenn sie jeden Tag 9 Stunden darauf verwenden, nur wenige Minuten auf jeden Gefangenen, und der Geistliche muß, auch wenn er der Beste ist, wirr und wüst im Kopfe seyn, ehe er auch nur die Hälfte seines Tagewerks hinter sich hat. Noch weniger können vollends in der Hauptsache die Besuche des Vorstehers bedeuten. Das „système de la bonne compagnie", wie der wackere Suringar die Einzelhaft verstanden wissen wollte, läuft hiernach, im Licht der Wirklichkeit betrachtet, auf nicht viel Anderes hinaus als auf den kümmerlichen Verkehr der Gefangenen mit ihren Aufsehern oder Wärtern d. h. nicht etwa im Geist des „rauhen Hauses" gebildeten, sondern vollkommen rohen Leuten, bloßen „agens materiels", wie man sie in Brüssel den „agens moraux" gegenübergestellt hat. Wenn es wahr wäre, daß von solchen Wärtern sogar gebildete politische Verbrecher mit dem „traulichen Du" angeredet werden dürfen, daß auch Diesen eine bestimmte Handarbeit, und zwar Wollespinnen, aufgezwungen wird, daß sie, ja auch nur die gemeinen Verbrecher, zum Herplappern vorgeschriebener Gebete zu gewissen Zeiten (nach dem Muster der bairischen Gefängnißinstruktion von 1813) angehalten werden sollen, dann enthielte die unter dem Namen „Jan van Boer, die Mißhandlung der politischen Verbrecher unsrer Zeit, mit besondrer Rücksicht auf das Zellengefängniß zu Bruchsal" so eben erschienene Schrift wenigstens Etwas was ihrem Titel entspricht, — sie verkündigte Rohheiten von neuer Erfindung! Im Uebrigen enthält sie fast durchaus die ärgsten Uebertreibungen, Entstellungen oder Abgeschmacktheiten, z. B. den Satz: daß man die politischen Verbrecher human, die gemeinen Verbrecher „brutal" behandeln müsse.

Howe [22]), in richtiger Ahnung des Individualitätsrechts, jene darauf beruhende Foderung schlagend auf die Frage der Einzelhaft angewandt und gezeigt zu haben, daß es eben so unstatthaft als bei dem Zusammenseyn der Sträflinge unvermeidlich sey, Diese gar nicht als Einzele zu behandeln, sondern nur in Masse en bloc, über einen Leisten. Daß man sie so, echt gleichmacherisch (kommunistisch) gewissermaßen zu bloßen Rädern in einem großen Triebwerk bis auf unsre Tage herabgewürdigt hat, war die bloße nothwendige Folge des gänzlichen Uebersehens des Individualitätsrechts in den zur Zeit noch vorherrschenden Naturrechtslehren, wonach man sich gewöhnt hatte, die Menschen kurzweg bloß als Menschen überhaupt oder im Allgemeinen anzusehen, d. h. als ganz gleich und nicht auch als in sehr vieler Hinsicht ungleich und in jeder Hinsicht allein-eigenthümlich, und wonach man mit einer kahlen äußerlichen „Gleichheit vor dem Gesetz", auch wenn dieses aller dieser inneren Unterschiede spottete, dem Recht genügt zu haben wähnte [23]).

c) Die Strafe soll das Ehrgefühl des Sträflings, das nie ganz erloschen ist, soviel möglich beleben und benutzen, anstatt es zu ersticken, sonst ist wahre Besserung für ihn ebenso unmöglich als Rückkehr in die

22) „Ueber das Gemeinschaft- oder Vereinzelungssystem in der Gefängnißdisciplin" übersetzt von Diez. 1847.

23) Auch Graf Skarbek macht a. a. O. gegründete Bemerkungen gegen den tödtenden Buchstaben jenes gesetzlichen Prokrustesbetts der Gleichheit, in das man auch das Recht der Strafe einzwängt, indem man, ganz abgesehen von der ungleichsten Gemüthsart und Triebfeder der Missethäter, wenn nur deren Vergehen äußerlich gleich erscheine, dieselbe Strafe verhänge.

Gesellschaft. Daher sind alle Strafen unbedingt verwerflich, die zu Entziehung oder Schmälerung der Ehre, also zur Zerstörung der Möglichkeit des gesellschaftlichen Verkehrs und gleichsam des gesellschaftlichen Daseyns entweder besonders bestimmt sind oder doch ebendarauf, nämlich auf Herabsetzung des Verbrechers in seinen und Anderer Augen, hinauslaufen. So der Unsinn der lebenslangen Ehrlosigkeit aller Züchtlinge, oder doch, — was der That nach ziemlich dasselbe ist — ihre bleibende Unfähigkeit zu Allem was irgend Vertrauen fodert, wie Zeugnißablegung, Ausübung staatsbürgerlicher Rechte, Bekleidung eines Amts u. s. f., zu irgend einer Auszeichnung; ferner Beschimpfungen, wie Schandpfahl, Halseisen, Brandmark, Gassenkehren und dergleichen öffentliche Arbeiten der Sträflinge, die Nichts als ein fortgesetztes Schaustellen am Pranger sind, das Kahlscheeren, alle besonders ausgezeichneten lächerlichen Kleidungsstücke u. s. w. [24]). Nur was natürliche Folge der durch jedes Straferkenntniß erklärten sittlichen und rechtlichen Unmündigkeit ist, währt selbstverständlich so lange fort wie diese selbst, aber nicht länger.

Der Segen der einzig gerechten Strafweise, wie sie im Bisherigen wenigstens in ihren Grundzügen bezeichnet worden ist, zeigt sich in ihren allerseits nützlichen unausbleiblichen Folgen:

---

24) Ganz Aehnliches, wie vom Ehrgefühl, muß auch vom Schamgefühl des Sträflings gesagt werden; denn beide sind durch die gemeinsame Wurzel, aus der sie entspringen: das Selbstgefühl — nah verwandt. Was immer aber die Selbstachtung des Sträflings völlig zertritt, das richtet nothwendig auch die Hoffnung auf seine sittliche Wiedergeburt zu Grunde.

1) Die äußere und innere Besserung d. h. Vermenschlichung des Verbrechers schreitet stetig fort zufolge seiner zweckmäßig veränderten gesammten Lebenslage, seiner geregelten Thätigkeit, des Unterrichts und religiösen Zuspruchs, überhaupt der nur guten Gesellschaft, die ihm zu Theil wird.

2) Dieser Fortschritt im Guten söhnt ihn mehr und mehr aus mit sich selbst und mit der bürgerlichen Gesellschaft, gewinnt ihm deren Zutrauen allmählich wieder und bahnt ihm so den Weg zur Rückkehr in dieselbe, der ihm sonst, trotz aller Nothbehelfe, durch fast unüberwindliche Hindernisse verschlossen bleibt. Bisher wurden die entlassenen Sträflinge nicht ohne Grund wie die Pest geflohen und durch diese Verstoßung nur um so öfter und schneller wieder auf den Weg des Verbrechens gedrängt. Das Erste wird künftig anders seyn (wie schon jetzt die zu Mettray und an den von Pentonville verbrachten Gefangenen gemachten Erfahrungen beweisen) und demzufolge auch das Letzte. Erst wenn die Strafweise ihrer Natur nach bessernd wirken kann und muß, ist auch der menschenfreundlichen Thätigkeit der Schutzvereine ein großer Erfolg sowohl während der Haft als nach der Entlassung der Sträflinge möglich und gesichert; solange hingegen unter dem Namen der Strafe nur eine nutzlose leibliche oder geistige Peinigung geübt wird, die die Gefangenen stets von Neuem reizt und erbittert, wie z. B. die tantalische Qual eines aufgezwungenen Schweigens zusammengepferchter Verbrecher, solange wird das Hinwirken dieser Vereine auf wahrhafte Besserung derselben und auf Ermöglichung ihrer demnächstigen Wiederaufnahme in den Lebensverkehr von ihren Mitbürgern überall gestört und in den meisten Fällen

ganz vereitelt. Sehr begreiflich! da hier und nirgends auch die besten Lehren gute Frucht bringen können, wo die Erfahrungen des Lebens in schneidendem Widerspruch mit ihnen stehen und stündlich zum Abfall davon in Versuchung führen.

3) Die größtmögliche Sicherheit für die bürgerliche Gesellschaft wird nur durch wahrhaft bessernde Strafen erreicht; denn die Zahl der Rückfälle wird dann und nur dann verschwindend klein seyn, wenn mit höchster Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, daß nur wirklich Gebesserte, an ein arbeitsames, geordnetes Leben Gewöhnte aus der Strafanstalt hervorgehen.

4) Zugleich werden in Folge der nun erst möglichen und nothwendigen großen Abkürzung der Strafhaft und der stark verminderten Rückfälle, wie es oft genug schon gezeigt worden ist, die Kosten der Rechtspflege sich überaus mindern, und so wird das auf die erste, allerdings sehr kostbare, Anlage zweckmäßiger Gefängnisse Verwendete zuletzt unfehlbar als eine verständige Ersparniß sich bewähren, jedenfalls reichliche Zinsen tragen und nicht, gleich den bisherigen Ausgaben für die Strafanstalten, größtentheils weggeworfenes oder geradezu gemeinschädlich verwandtes Geld seyn.

5) Das gute Beispiel thätiger Reue der entlassenen Sträflinge wird sich nach allen Seiten hin wohlthätig wirksam erweisen und das natürlichste Gegengift abgeben gegen das Aergerniß und böse Beispiel, was sie früher durch ihr Verbrechen gegeben hatten.

6) Die Verbrecher empfinden diese ihnen einzig wohlthätige, weil einzig auf ihre gründliche Besserung gerichtete Strafweise, zumal die dafür bedingende Einzelhaft, anfangs nach aller Erfahrung äußerst bitter; sie macht

auf Alle, besonders auf die Gewohnheitsverbrecher, einen tiefen, nachhaltigen, erschütternden Eindruck. Wie sehr sie dem oben erwähnten Individualitätsrecht entspricht, zeigt sich zugleich dadurch, daß sie allein mit unvergleichbarer Geschmeidigkeit sich in ein vollkommen richtiges Verhältniß setzt zu der ganzen Individualität des Verbrechens oder vielmehr zur individuellen Schuld des Verbrechers, und zwar nicht nur durch das was sie für ihren Hauptzweck wirklich leistet und ist, sondern sogar durch Das was sie scheint; sie scheint den Sträflingen nämlich, und zwar, wie Ardit sehr richtig bemerkt hat [25]), um so mehr je verdorbener sie sind, als das schrecklichste Uebel. Ganz natürlich: denn sie läuft schnurstracks der ganzen schlechten Ordnung ihres bisherigen Lebens zuwider; sie beugt ihren Willen unter das strenge Gesetz der Ordnung, Mäßigkeit und Reinlichkeit, der geregelten Thätigkeit, Zucht und Sitte; sie wirkt darum ganz von selbst und ungesucht, indem sie durchaus nicht auf Wehethun und Schrecken berechnet ist und seyn darf, einen ebendarum äußerst heilsamen Schrecken, — aber sie wirkt ihn nur durch ihre Außenseite, durch ihren Schein. Der Sträfling fühlt sich nämlich von allen Seiten, nicht bloß durch seine Einsperrung, beengt, gehemmt und beschränkt in seiner äußeren Freiheit, insofern Dies für jetzt unerläßlich ist um die bisherige Art ihres Mißbrauchs ihm vorläufig wenigstens äußerlich unmöglich zu machen, um ihn zu hindern auch fernerhin seinen schlechten Begierden, Neigungen und Gewohnheiten den Zügel schießen zu lassen, in steter Zerstreuung und Gesellschaft mit Tagedieben und

---

25) S. Verhandlungen der ersten Versammlung für Gefängnißreform. 1847. S. 67.

Taugenichtsen, in Müßiggang, Bettel und Verbrechen sich herumtreiben: er fühlt sich durchweg unter strenger Vormundschaft.

Aber daß er dies Alles, daß er diese Bevormundung als ein Uebel für sich ansehe und schmerzlich empfinde, ist so wenig etwas Wesentliches, was zu keiner Zeit fehlen dürfte ohne der Strafe ihr unterscheidendes Merkmal zu benehmen, daß man kaum begreift, wie man es, altherkömmlichen Ueberlieferungen aus den Zeiten zu Liebe wo Strafen und Peinigen gleichbedeutend war, bis auf unsre Tage allgemein dafür gelten lassen konnte. Im Gegentheil ist es etwas rein Zufälliges, es ist eine Thatsache die aus dem Gegensatz des durch die Strafe neu geordneten Lebens des Verbrechers zu dessen früherem Leben sich ganz von selbst ergibt und erklärt, die ebendeßhalb als eine ganz gewöhnliche Folge auch der gerechten Strafe hervortritt; nimmermehr aber besteht darin deren innerstes Wesen und Zweck, weder den Haupt- noch der Nebenzweck.

Gerade darin liegt deren Unterschied von den bisher weitaus vorherrschend gewesenen Strafen im Geist einseitiger Abschreckung oder blinder Vergeltung, daß nur jene kein wirkliches Uebel für den Verbrecher und für den Staat enthält, sondern ihm und Andern höchstens solange als ein solches erscheint, als sie bloß äußerlich und oberflächlich betrachtet wird, daß sie vielmehr ihrem Wesen nach, also an sich auch für den Verbrecher selbst die größte Wohlthat ist, das einzige Mittel des Heils, die unentbehrliche Krücke, mittels deren er allmählich wieder lernen kann sich sittlich aufzurichten und auf dem Wege des Rechts zu wandeln. So kann es denn nur höchst wünschenswerth seyn, daß auch er selbst sie dafür erkenne und nur die eigne innere Verkehrtheit, die im

Verbrechen an den Tag kam, für das wahre Uebel, für die gefährliche sittliche Krankheit, der ohne jenes Heilmittel sein besseres Selbst unrettbar erliegen müßte.

Gebe man darum endlich und ganz d. h. in allen seinen verderblichen Folgerungen [26]) den ungesunden Gedanken auf, der aus dem alten Schreckenssystem herstammt: der Verbrecher müsse in der Strafe stets ein Uebel für sich sehen können oder gar wirklich sehen [27]). Mit diesem widersinnigen Grundgedanken, der treffend genug den Geist der überlebten Strafwirthschaft (des „ancien régime pénal") kennzeichnet, stürzt diese selbst zusammen. Dessen Aufgeben — aber nur dies — würde der Wendepunkt seyn zwischen Sonst und Jetzt, es würde den Uebergang bezeichnen zu einer besseren, gerechteren, menschlicheren Strafrechtspflege. Zu dieser entscheidenden Wendung aber drängt Alles hin. Es gilt, endlich das auf die Dauer unerläßliche Gleichmaß herzustellen zwischen unsrer gesammten, auf dem Standpunkt abgelaufener Jahrhunderte zurückgebliebenen Strafweise und unsrer unendlich fortgeschrittenen Gesammtbildung und Sitte. Schon

---

26) S. z. B. oben S. 425 f. Eine strenge Folgerung daraus zog Feuerbach, freilich wider alle richtigen Begriffe von Rechtsgrund und Rechtszweck der Strafe, durch den Satz: daß, wenn im besondern Fall kein Uebel in ihr liege, sie verwandelt werden müsse.

27) Wir haben die Abgeschmacktheit und Unstatthaftigkeit dieses Gedankens zuerst in einer besondern Abhandlung: Commentatio de quaestione, an poena malum esse debeat. 1839 nachgewiesen und später wiederholt in verschiedenen Schriften und Aufsätzen zu besprechen Gelegenheit gefunden, jedoch einer auf die letzten Gründe des Rechts eingehenden Widerlegung, die freilich weniger bequem ist als das Wiederkäuen abgenutzter Gemeinplätze oder das gänzliche Verschweigen jedes Angriffs auf die herrschenden Satzungen, bis jetzt vergeblich entgegengesehen.

hat diese Bildung und Sitte selbst, wie es nicht anders seyn konnte, Das ins Werk zu richten begonnen, was die Aufgabe des zu lange schlafenden Gesetzgebers gewesen wäre; schon längst hat das fortgeschrittene Rechtsgefühl der gebildeten Völker den Bau der alten Barbarei gründlich unterwühlt und einen Stein nach dem andern von ihm abgebrochen; es bedarf nur noch einen letzten Stoß und er fällt, zum Heil der Menschheit, vollends in Trümmer. Lange genug ist unter dem Schilde des Strafrechts das unchristliche Werk geübt worden: Böses mit Bösem zu vergelten anstatt mit Gutem, — denn, Wer mit Wissen und Willen Andern Uebel zufügt, thut Böses; lange genug haben die altüblichen vielgestaltigen Peinigungen der Verbrecher, die man Strafen nannte, allerseits als Uebel sich erwiesen d. h. Uebles gewirkt — für die Verbrecher selbst und für den Staat.

Was zuerst die Verbrecher betrifft, so hat man Diese fast planmäßig leiblich und sittlich zu Grunde gerichtet, ihre Menschenwürde mit Füßen getreten, sie mit Rachedurst gegen ihre Quälgeister erfüllt und dann, gereizten wilden Thieren gleich, wieder auf die Gesellschaft gehetzt, wenn die ihnen auf gut Glück zugemessene, mit Rechtswidrigkeiten von Anfang bis zu Ende ausgefüllte Strafzeit vorüber war.

Inwiefern aber bei einem solchen sittlich und rechtlich sinn- und grundlosen Verfahren irgendwie die Zwecke des Staats gefördert, woher dabei diesem auch nur äußere Sicherheit kommen sollte, war gar nicht abzusehen und vergaß man ganz auch nur zu fragen. Solange jenes Unheilverfahren in Uebung war, konnte wirklich und ganz gegen Rückfälle nur das Umbringen der Verbrecher sichern: was auch für diese selber, sittlich betrachtet, noch ungleich besser gewesen wäre, als daß sie nun, zur

s. g. Strafe ihrer Sünden gegen die bürgerliche Gesellschaft, von dieser in eine Anstalt gebannt wurden, mittels welcher sie, wie man meinte „von Rechts wegen" fast unausbleiblich sehr viel sündhafter und verworfener gemacht wurden als sie vorher waren. Nichts ist gewisser und allgemeiner anerkannt, als daß, indem man so den Verbrecher nicht zunächst um seinetwillen strafte, ihn nicht als Selbstzweck behandelte, vielmehr ihn herabwürdigte zur Sache, zum bloßen Mittel für vermeintlich gute Zwecke Anderer und des Ganzen, — daß, sagen wir, dabei Niemand gewann, wohl aber alle Theile verloren, da es schlichthin unmöglich ist, daß ein Unrecht zum wahren Besten irgend Jemandes oder gar der Rechtsgesellschaft selber gereiche. In jener Herabwürdigung und Mißhandlung sprach sich aber, ohne daß man es irgend zu merken schien, im vollsten Maße der Grundsatz der Sklaverei aus, der in der ganzen Strafweise der Vorzeit herrscht und nicht bloß in der, aus richtiger Ahnung sogenannten Galeerensklaverei. Wer sich Dessen vollbewußt geworden ist, der muß, wenn er anders die Sklaverei als die gerade Verneinung alles Rechts erkannt hat und folgerecht denkt, sie in allen Gestalten, auch in dieser, bekämpfen, nicht aber bloß in jener die man vorzugsweise Sklaverei nennt, und er muß sie beseitigt wissen wollen in allen ihren Ausflüssen ohne Ausnahme. Es muß daher die ganze Stufenleiter der bisher unter der Benennung der Strafen üblichen vielerlei Peinigungen einer einzigen, unendlich beweglichen und geschmeidigen Strafart weichen: einer strengen, ernsten Erziehung, beziehungsweise nachgeholten Erziehung der Verwahrlosten oder Verwilderten unter Vormundschaft des Staats. Diese Strafe muß sich dem ganzen Zustand der Willenstimmung des Sträflings möglichst genau anpassen, sie muß deßhalb bald kürzer bald länger währen; sie kann aber nur ganz im Allgemeinen durch das

Gesetz bestimmt werden, näher schon, aber auch nur vorläufig, durch das Gericht; späterhin ist sie dann, mit Rücksicht auf ihren bisherigen Erfolg, auf den Bericht des Gesammtvorstandes der Strafanstalt, sachdienlich zu ändern und zwar nicht bloß auf dem Wege der Gnade sondern des Rechts, nämlich durch ein abermaliges richterliches Erkenntniß [28]).

Bis heute hat man sich die eitle Mühe gegeben das Viereck des Kreises herzustellen, indem man eine Gleichung suchte zwischen unmeßbaren und überdies unvergleichbaren Dingen: einem Inneren, der Schuld, und einem Aeußeren, dem Schmerz oder Leiden aus der Strafe, wie man diese bisher auffaßte; man ließ, unbekümmert um irgend welchen vernünftigen Erfolg, als ob es so seyn müßte vermöge eines unvermeidlichen Verhängnisses, einen Geist blinder Vergeltung walten bei allem Strafen; man brachte einem selbstgeschaffenen Götzen der Gerechtigkeit, der mit verbundenen Augen abwägt und zuschlägt, nach dem bezeichnenden Sprichwort: **fiat justitia et pereat mundus** — unzählige Menschenopfer, leibliche und geistige: man quälte und tödtete die Körper oder doch die Seelen der Verbrecher. Höre man endlich auf den Menschen mit dem Verbrecher umzubringen, man tödte den Verbrecher im Menschen! — In diesem Sinn habe ich mir erlaubt, meinen obigen Vorschlag vor allen Dingen der Versammlung der Freunde einer wirklichen Besserung der Ge-

---

28) Auch in diesem Stück treffen unsre Ansichten ziemlich zusammen mit denen von St. Vincent in dessen oben angeführtem Aufsatz und von Reichmann a. a. O. Ihre nähere Ausführung müssen wir uns vorbehalten. Hier, wo es uns nur auf Feststellung des Grundgedankens ankam, schien sie uns noch nicht am Platz.

fängnisse und der Gefangenen ans Herz zu legen und bin überzeugt daß, wenn sie nicht verschmähen den darin ausgesprochenen Grundsatz demnächst zum Beschluß zu erheben, sie zur Förderung des segenreichen Werks, dem sie ihre Kräfte widmen wollen, ein Großes geleistet und den festen Ausgangs- und Zielpunkt für jedes weitere Fortschreiten vom Strafunrecht zum wahren Strafrecht gewonnen haben werden.

XVIII.

Ueber Reform der Gesetzgebung über Untersuchungshaft.

Von
Herrn Advocaten Purgold
in Darmstadt.

§. 1. Einleitung.

Der Zwiespalt zwischen dem öffentlichen Wohle und dem Sonderinteresse des einzelnen Staatsangehörigen, welcher in der Lebensbewegung des Staats oft nicht zu vermeiden ist, tritt am Schärfsten bei Verhängung der Untersuchungshaft hervor.

Nicht nur aber, daß dieselbe für das betreffende Individuum den schneidendsten Eingriff enthält, so ist es auch für die öffentliche Gerechtigkeit selbst der peinigendste Schritt, gerade mit derjenigen Handlung, welche ein Uebel *sühnen* soll, vielleicht ein größeres Uebel, die Verhaftung eines Unschuldigen, *herbeizuführen*; das Gericht aber ist eingesetzt: „nicht seines Ruhms wegen, „oder um der Welt ein Schauspiel zu geben, sondern um „der *Gerechtigkeit* willen, des Höchsten und Heiligsten, „was der gesittete Mensch besitzt" [1]).

1) Präsident Weitz im Resume' von Stauf-Görlitz.

Die hierin liegende dringendste Anforderung an die Gesetzgebung, gerade hier das materielle Recht mit dem formellen auszugleichen, wird für ihre Erfüllung die Vorbereitung durch die Wissenschaft sicherer finden, wenn diese

1) wegen der Unzureichendheit der Gesetzgebungen über unsern Gegenstand, bei aller Benutzung deren Stoffs, doch die hierzu erforderlichen Bestimmungen mehr aus der Entwickelung des Rechts aus seinem Begriffe sucht, und

2) hierbei die materielle Sicherheit des Angeschuldigten ins Auge nimmt, indeß seither sich zuviel mit der formellen Sicherheit um deßwillen begnügt wurde, weil man die materielle Sicherheit ausschließend von der Einsicht und dem Pflichtgefühl des Richters abhängig glaubte.

Ein Ständemitglied sagte anfangs d. J.: „Unser „zerrissenes Volk habe seit Jahrhunderten nach Einigung „gestrebt, und wahrhaft rührend sei es, wie es, bei die„sen Strebungen vom Schicksal verfolgt, doch immer „wieder darauf zurückgekommen sei.“ [2]) Wesentlich charakterisirt sich hierdurch unsere Zeit: welchen ernsteren Beruf kann aber die Wissenschaft haben, als ihr Verhältniß zur Aufgabe unserer Zeit zu erkennen und, wenn nach Arndt's Ausdruck „eine deutsche Einheit schon keine „höhere Nothwendigkeit, sondern eine eigentliche Noth“ ist, eben auch von Seite der Wissenschaft wenigstens dazu beizutragen, mindestens eine materielle deutsche Rechtseinheit herzustellen. Dieses nun thut die Wissenschaft, wenn sie mit Gründen zeigt, welches allein in einer einzelnen Materie die rechtlichen Bestimmungen seyn können, damit sie eben, als begründete, auch in allen deutschen Landen gleichmäßig Eingang finden [3]). Gerade un-

---

2) Klipstein, in der Sitzung der 1. Kmr. des Grhths. Hessen vom 7. Januar 1850.

3) Einsender suchte diese Ansicht weiter auszuführen in der Abhandlung: über die Möglichkeit eines allgemeinen deut-

sere Materie gehört aber zu denjenigen, in welchen vorzugsweise dem deutschen Rechtsbewußtseyn Rechnung getragen und dem Recht ein nationaler Ausdruck gegeben werden kann. Denn die Anerkennung des Rechts der Person ist ein bezeichnender Zug des deutschen Rechts, welcher bis in das Verwaltungsrecht in den genossenschaftlichen Verbänden auch für den sogenannten gemeinen Mann sich geltend machte.

Muß auf die Lösung der Aufgabe der Gesetzgebung in diesem Sinne die Wissenschaft mit Ernst dringen, so kann sie hierüber zugleich auch jetzt schon für einen Theil ihrer Anforderungen Einfluß auf die Rechtssprechung gewinnen, weil gerade in diesem Fache bis dahin so Vieles dem richterlichen Ermessen anheimfällt und dieses denn doch angewiesen ist, an dem in der Wissenschaft Discutirten einen Anhaltpunkt zu suchen.

§. 2. Bestimmungen der Grundrechte. Betrachten wir zuerst eine der neusten und umfangreichsten positiven Bestimmungen über unsern Gegenstand; so enthalten hierüber die Grundrechte: „Die Freiheit der Person „ist unverletzlich. Die Verhaftung einer Person soll, au„ßer im Falle der Ergreifung auf frischer That, nur ge„schehen in Kraft eines richterlichen, mit Gründen ver„sehenen Befehls. Dieser Befehl muß im Augenblicke „der Verhaftung oder innerhalb der nächsten 24 Stunden „dem Verhafteten zugestellt werden. Die Polizeibehörde

---

schen Gesetzbuchs und dessen Vorbereitung durch die Wissenschaft, in Biedermann's deutscher Monatsschrift für Literatur und öffentliches Leben. 1842. Aprilheft, weil sich damals auf eine auch formelle deutsche Rechtseinheit nicht in der Weise hoffen ließ, wie im Mai 1848 in: der deutsche Cassationshof zur Ergänzung der unser Parlament umgebenden Institutionen. Darmstadt b. Jonghaus.

„muß Jeden, den sie in Verwahrung genommen hat, im „Laufe des folgenden Tags entweder freilassen, oder der „richterlichen Behörde übergeben. Jeder Angeschuldigte „soll gegen Stellung einer vom Gerichte zu bestimmenden „Caution oder Bürgschaft der Haft entlassen werden, so„fern nicht dringende Anzeigen eines schweren peinlichen „Verbrechens gegen denselben vorliegen. Im Falle einer „widerrechtlich verfügten oder verlängerten Gefangenschaft „ist der Schuldige und nöthigenfalls der Staat dem Ver„letzten zur Genugthuung und Entschädigung verpflich„tet."

Hinsichtlich ihrer sagt Dr. Drechsler [4]): „Die „Grundrechte des deutschen Volks, welche durch das 8te „Stück des Reichsgesetzblattes unter dem 28. Dec. 1848 „für den ganzen Umfang des deutschen Reichs als Gesetz „publicirt wurden, enthalten die umfassendste Grundlage „für die gleichmäßige Entwickelung des volksthümlichen „deutschen Rechts. Sie greifen wesentlich in das ge„sammte Rechtsgebiet rc. ein. Wir haben in den Grund„rechten seit langer Zeit zuerst wieder eine reiche Quelle ge„meinen Rechts für Deutschland."

Allein theils ist die allgemeine Gesetzeskraft der Grundrechte nicht anerkannt, theils enthalten ihre hier einschlägigen Bestimmungen nur mehr Grundzüge, welche zu ihrer praktischen Anwendbarkeit Ausführungsverordnungen erheischen, theils endlich möchte die rechtliche Möglichkeit unbedingter Beseitigung der Haft weiter gehen als die Grundrechte bestimmen. Der Wissenschaft bleibt hiernach immer noch die dreifache Aufgabe: diese Bestimmungen, schon nach ihrem Inhalte, ebensowohl als nothwendigen Ausgangspunkt jeder Gesetzgebung über Unter-

---

4) in von Jagemann's Gerichtssaal. 1849. Aprilheft, S. 299.

suchungshaft zu begründen, als auch, durch Entwickelung dieser Begründung nach ihren Consequenzen, dieselben nicht nur für ein Ausführungsgesetz ihrer praktischen Anwendbarkeit näher zu führen, sondern auch zu erweitern.

§. 3. Begründung und Arten der Untersuchungshaft. Der Zweck der Untersuchungshaft ist die Sicherung der künftigen Sühne der öffentlichen Gerechtigkeit. Diese letztere liegt im Staatszweck, die zu ihrer Vollführung nothwendigen Maaßregeln sind daher zulässig. Hiernach sind sie aber einerseits nicht weiter zulässig, als dieser Zweck erheischt [5]), und andrerseits nur in soweit, als sie kein andres Recht verletzen. Denn der Rechtsstaat kennt die Lehre nicht, daß der Zweck die Mittel heilige, er entfaltet seine Lebenskraft in stets gleichmäßiger Anerkennung des Rechts des Ganzen und des der Einzelnen. Auch wir kennen das: Salus publica suprema lex esto; allein wir kennen kein Staatswohl, das mit Beeinträchtigung der Gerechtigkeit erkauft werden könnte.

Ist dieser aus der Berechtigung des Bürgers entnommene Grund für die vorsichtigste Zulassung der Untersuchungshaft der entscheidende, so tritt aber auch noch weiter der Grund der Politik für den Staat selbst hinzu, wenn er im Vertrauen eine moralische Stütze sucht. Denn so beseitigt er auch gegen die einseitig befangenste Anschauungsweise des Betheiligten selbst den Vorwurf, welchem Temme Ausdruck verleiht, und huldigt dem Grundsatz, welchen ihm die Gesetzgebung der neuen Welt vorzeichnet.

---

5) Mit Energie beseitigte die erste Kammer im Grhth. Hessen aus dem Entwurf über das Geschwornengesetz diejenige Art der Untersuchungshaft, welche ihr nur als Förmlichkeit des französischen Rechts erschien, oder gar nur als Bequemlichkeit des Präsidenten. Sitzung vom 2. August 1848.

Temme[6]) sagt nämlich: „Kein Volk ist so entsittlicht, daß es die Haft des Angeschuldigten rechtlich als „eine Strafe betrachtete. Der Mißbrauch macht sie leider öfter dazu"; indeß der Ausschuß für den Entwurf eines neuen Strafverfahrens im Staate Newyork [7]) in seinem Berichte S. 24 sagt: „Die Bestrafung leitet ihre „moralische Macht nicht so sehr von der Strenge der „Strafen, als von der Gewißheit ab, daß die Strafe in „Gemäßheit freisinniger Einrichtungen zu„erkannt wurde."

Nur bei gleichzeitiger vollkommenster Achtung der Rechte des Angeschuldigten, gerade so wie der des Staats, ist daher das Recht des Staats auf Untersuchungshaft ausführbar. Diese ist daher nur alsdann zulässig, wenn nicht nur der Staatszweck auf andre Art nicht zu erreichen, sondern auch in dem Individuum zugleich die Bedingung der Unterwerfung unter diese Anforderung des Staatszwecks nach der doppelten Seite hin gegeben ist, daß hohe Wahrscheinlichkeit ebensowohl für die Begangenschaft durch den Angeschuldigten, als dafür vorliegt, daß derselbe die Sühne vereiteln werde. Letzteres kann er nur dadurch, daß er entweder die Spuren des Verbrechens verwischt, oder seine Person der Gewalt des Gerichts entzieht. Die Untersuchungshaft könnte daher nur durch die Annahme der Collusionen, wenn wir diese noch als Grund für die Haft wollten gelten lassen, oder der Flucht gerechtfertigt werden. Nach diesen beiden Zwecken würde sich hiernach die Untersuchungshaft in zwei Arten theilen, in-

---

6) Temme, Grundzüge eines deutschen Strafverfahrens. Arnsberg und Hamm 1850 bei Grote, S. 63. und Note 1. daselbst.

7) Mittermaier, der neue Entwurf einer Strafprozeßordnung für den Staat Newyork. In der Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes B. 21. H. 3 3. 22. S. 281 ff.

deß die Sicherung gegen jede derselben sich ebensowohl auf ihre Zulässigkeit, als auf ihre Dauer zu erstrecken hat.

§. 4. Unzulässigkeit der Collusionshaft. Die Sicherung der Person gegen Untersuchungshaft besteht nicht blos in der Erschwerung, deren Zulassung, sondern auch in der Möglichkeit ihrer Beseitigung durch Caution. Diese schützt nicht gegen Collusionen und so ist es doppelt wichtig zu prüfen, in wiefern Collusionshaft überhaupt zulässig sey.

Mittermaier [8]) greift dieselbe sehr bestimmt an und wir müssen in der That auch uns unbedingt gegen dieselbe aussprechen. England kennt dieselbe nicht, und England ist doch, namentlich in den Einrichtungen, welche einen germanischen Ursprung beurkunden, in so vielen Beziehungen nicht blos für die Freiheit ein Muster, sondern auch für die Ordnung. Freilich ist die Collusionshaft ein gordischer Knoten; allein konnte ihn ein Staat und eine Gesetzgebung mit der Kraft Englands zerhauen, so kann die Wissenschaft immerhin ihn lösen.

Diese Lösung hat die Wissenschaft im Wesentlichen darin gefunden, daß bei uns der Anklageprozeß wieder hergestellt worden und so der Untersuchungsrichter nicht mehr, wie im Inquisitionsprozeß, wesentlich darauf hingewiesen ist, ein Geständniß des Angeschuldigten, den glücklichsten Erfolg der Collusionshaft, zu erringen.

So führt Temme [9]) aus, daß im Anklageprozeß sich zwei gleichberechtigte Partheien gegeneinander überstehen, die Rollen naturgemäß vertheilt sind, der Eine angreift, der Andere sich vertheidigt, Jeder mit allen ihm zu Gebot stehenden Waffen kämpft, natürlich nur mit rechtlichen, weil Jeder nur sein Recht sucht, wenigstens so der Richter die Sache ansehen muß.

---

8) Archiv des Criminalrechts. 1849. S. 335.
9) Temme a. a. O. S. 64.

Ebenso bezeichnet, nach Mittermaier's oben allegirter Darstellung des Entwurfs eines neuen Strafprozesses für den Staat Newyork, die Commission das Verhör des Angeschuldigten als einen Schild [10]) desselben und daß es eine Verfassungsverletzung sey, wenn es statt dessen zu einem Schwerdt gegen ihn gebraucht werde, dadurch daß man ihn nöthigen wolle gegen sich selbst zu zeugen. Auch der dort angezogene Livingston will durch das Verhör dem Angeschuldigten nur Gelegenheit zu seiner Vertheidigung geben. Bei solcher Vertheilung der Rollen bleibt freilich nicht leicht mehr ein Zweck für die Collusionshaft, und wollten wir nicht in dieser Consequenz die Vertheilung der Rollen durchführen, so würden wir nur den Namen vom Anklageprozeß haben, dem selbst das Wort zu reden in unsrer Zeit Niemand mehr nöthig hat.

Allein der Staat hat gegen den Angeschuldigten doch auch immer das Recht auf Wahrheit, und bei verschiedenen Mitangeschuldigten wird auch selbst für die Urtheilsjury dem Wahrspruch oft nur alsdann ein zuverlässiger Stoff vorbereitet werden können, wenn jeder Einzelne sein eignes Verhör ohne Kenntniß von der Aussage seines Genossen bestanden hat: wir werden daher gegen die Collusionshaft zu den aus der Natur des Anklageprozesses entnommenen Gründen noch das Recht des Staatsangehörigen hinzufügen dürfen, ein Gut von der Bedeutung der persönlichen Freiheit, dessen auch nur vorübergehende Entziehung alle andern Rechte und Lebensverhältnisse gefährden kann, nur alsdann hingeben zu müssen, wenn die zuerst im rechtskräftigen Urtheilsspruch liegende Gewißheit gegeben ist, daß er es verwirkt hat. Nur als Mittel, eine

10) Code of procedure by Livingston, art. 173. bei Mittermaier J. f. Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes B. 21. H. 3. S. 22.

mögliche Gewißheit zu erlangen, kann die Entziehung dieses Guts niemals dienen: den Schuldigen ereile die Sühne, allein nur mit den Mitteln, welche mit der vollständigsten Rechtsachtung des möglicherweise Unschuldigen vereinbar sind.

Inzwischen rechtfertigt hiernach die Entwickelung des Rechts aus seinem Begriffe nicht nur die Collusionshaft nicht, sondern dieselbe hat, auch blos als Mittel für den durch sie beabsichtigten Zweck betrachtet, gleich jedem andern nicht durch die Natur der Sache und in seinem Prinzip durch die Gerechtigkeit begründeten Mittel, in der That sogar nur sehr prekären Werth. Denn eine Collusionshaft kann nur Besprechung, directe oder indirecte, mit Zeugen, oder Verabredungen zwischen Complicen, oder Verwischung der Spuren des Verbrechens verhindern. Wollen wir aber der Gewissenhaftigkeit der Zeugen bei Ableistung eines feierlichen Eides, wollen wir ihrer Einsicht in die Bedeutung der Gerechtigkeitspflege, ihrer Bürgerpflicht und dem ganzen Eindruck einer öffentlichen Gerichtssitzung, so wenig Werth beilegen, daß Alles dies durch eine, mit oder ohne Bestechung verübte, Collusion mit den Zeugen überwogen werden könnte: so geben wir lieber füglich alle Einrichtungen für die Strafgerechtigkeitspflege auf; zwischen Complicen haben dagegen wohl in der Hauptsache Verabredungen statt gehabt; endlich die Spuren des Verbrechens konnte der Angeschuldigte entweder, wenn die Sache eine veraltete ist, vor seiner Verhaftung verwischen, oder, wenn die Begangenschaft dagegen frisch ist, muß der Untersuchungsrichter durch Aufnahme der Spuren der Collusion zuvorkommen können. Bleibt natürlich dessen allen ungeachtet nach der Eigenthümlichkeit eines Falls immer noch die Möglichkeit, daß die Untersuchung durch eine Verhütung von Collusionen durch Haft wesentlich hätte befördert werden können, so kann die Möglichkeit des

Nutzens in Fällen, welche nicht die Regel bilden, schon an sich nicht die Regel begründen.

Ohnehin sind die Begangenschaften entweder bedeutend, oder unbedeutend. Wegen unbedeutender wagt Niemand mehr die Collusionshaft in Schutz zu nehmen, bedeutendere dagegen finden ihre Aburtheilung vor den Assisen, vor welchen ohnehin nur das in der öffentlichen Sitzung Vorgekommene selbst juristischen Werth hat. Ja die Collusionshaft kann sogar das Mittel seyn, welches dem Ergebniß der Untersuchung entgegentritt, weil dem in dieser abgelegten Geständnisse die Entschuldigung zu nahe liegt, es sey durch den Wunsch nach Freiheit herbeigeführt worden, indeß auf ein solches Geständniß hin nun mancher Stoff zur Ueberführung nicht benutzt wurde. Vor hiesigen Assisen stand ein Weibsbild von der untersten Bildungsstufe und der Beihülfe bei einem ganz gemeinen Verbrechen beschuldigt, und doch wußte sie ihr Geständniß so sehr als nur durch ihre Untersuchungshaft herbeigeführt zu motiviren, daß Einsender ihren Widerruf mit innigster Ueberzeugung vertheidigte. Wie um so mehr soll nun nicht der gebildete Mann nach Freiheit und Thätigkeit lechzen und der Familienvater nach der Sorge für die Seinigen und nach dem Geständniß greifen, welches die Kerkerthüre entriegelt, zumal es in der menschlichen Natur liegt, dem gegenwärtigen Uebel sich zunächst zu entziehen. Durch die Untersuchungshaft wird daher so Außerordentliches aufgeboten und leicht so unwiderbringliches Unglück herbeigeführt, dessen ganzer Erfolg am Ende — Nichts ist!

Sollte jedoch noch Collusionshaft zugelassen werden, so würde in dieser Beziehung dem Angeschuldigten aller formelle und materielle Schutz zu Theil werden müssen, welcher bei der unten zu erörternden Haft zur Verhütung zu befürchtender Flucht eintreten muß, soweit derselbe

auf Collusionshaft anwendbar ist. Dies möchte er aber in allen Beziehungen seyn, mit alleiniger Ausnahme der in der Person des Angeschuldigten für oder gegen die Flucht liegenden Gründe und der Cautionsleistung.

§. 5. Haft wegen Gefahr der Flucht. In dieser Beziehung erheischt die Gesetzgebung, wenn die Entziehung der Freiheit nicht über das Bedürfniß der nothwendigsten Zweckerreichung ausgedehnt werden soll, einen doppelten Schutz des Bürgers, nämlich Sicherung gegen grundlose Verhaftung und Möglichkeit der Beseitigung begründeter durch Sicherheitsleistung. Die Sicherung gegen grundlose Verhaftung besteht in formellen und materiellen Bestimmungen. In ersteren suchte sie vorzugsweise Wissenschaft und Gesetzgebung, eine Verbindung derselben mit letzteren ist jedoch eine um so dringendere Aufgabe der Gesetzgebungswissenschaft, als da, wo der Staat für seine Zwecke von einem seiner Angehörigen das Unersetzliche verlangt, es nicht ausreichen kann, die Sache blos zu einem juristischen Ende gebracht und dabei gegen außergerichtliche Willkühr Gewähr geleistet zu haben, sondern es ist gerade hier vorzugsweise erforderlich, in den wesentlichen Formen auch wesentlich materielles Recht, wirklichen Schutz, herzustellen.

§. 6. Materieller Schutz. Eine materielle Gewähr glauben einige Gesetzgebungen darin zu finden, daß sie dem Spielraum des richterlichen Ermessens ein Gegengewicht in Anordnung eines Schadensersatzes geben, welchen der Richter wegen widerrechtlich verfügter oder verlängerter Haft zahlen soll [11]). Allein, kann theils kein

---

11) Grundrechte Art. 3. §. 8. Badischer Entwurf von 1849. Art. 184. Weimarischer Entwurf Art. 143. Auch in Newyork ist der Richter schadensersatzpflichtig; Mittermaier a. a. O. S. 288. 289.

Geld die Freiheit und die Gesundheit bezahlen, sowie alle die Nachtheile ersetzen, welche eine einzige Verhaftung durch Zerrüttung einer ganzen Familie nach sich ziehen kann, ist ohnehin die Widerrechtlichkeit des Richters einem Ersatzkläger schwer zu begründen und kann es nicht im Interesse des Staats liegen, bei einem wirklich nothwendigen energischen Schritt den Beamten durch die Gefährdung seiner und seiner Familie ganzen Subsistenz allzuängstlich zu machen: so müssen wir den Schutz des Angeschuldigten, neben der moralischen und intellectuellen Tüchtigkeit des Richters, in aus der Sache selbst genommenen Einrichtungen suchen. Gehen wir hiervon aus, so findet die Nothwendigkeit der Verhaftung wesentlich in dem Concreten ihr Element; in ihm findet die Begründung sowie die Größe des Verdachts der Begangenschaft ebensowohl als die Vermuthung der Flucht ihren Boden: gerade im Concreten aber liegt das Feld des richterlichen Ermessens, und diesem die subjective Schwäche, nach Willen und Einsicht, zu nehmen, oder wenigstens auf ihr Minimum herabzuführen, ist daher Aufgabe der Gesetzgebungswissenschaft.

Diese Aufgabe aber wird sie annähernd dadurch erreichen, daß

1) Dasjenige, was sich durch allgemeine Grundsätze nicht bestimmen läßt, wenigstens einigermaßen positive Anhaltpunkte in einzelnen allgemeinen Regeln erhält, und

2) Dasjenige, was subjectivem Ermessen im concreten Falle übrig bleibt, zwar augenblicklichste vorläufige Ordnung durch den natürlich als Einzelrichter fungirenden Untersuchungsrichter erhält, allein das Verbleiben der von diesem angeordneten Haft durch sofortige Bestätigung durch ein Colleg bedingt wird, indeß auch dieses Colleg

3) wieder zerfällt in rechtsgelehrte Richter und in einige, der Analogie der Geschwornen nachgebildete Männer aus dem Volke, welche namentlich in allen, die persönlichen Verhältnisse der Angeschuldigten betreffenden, Punkten die Entscheidung über die Thatfrage, ob hiernach Flucht zu befürchten sey, oder nicht, haben müßten. Namentlich bei dem Cautionspunkte müßte deren Ausspruch entscheidenden Einfluß auf die Modification der schon nach dem Vermögen relativen Cautionssumme haben.

Nur in Betreff jener objectiven Anhaltpunkte und dieser judices facti bedarf es einiger Bemerkungen.

§. 7. Positive Anhaltpunkte für die Haft wegen Gefahr der Flucht. Der Staat kann zum Zweck der Untersuchung, als dem bloßen Mittel, keine Freiheitsentziehung anordnen, wenn solche der Zweck nicht ist, also keine bei der Untersuchung von Verbrechen, auf welchen keine Freiheitsstrafe steht und aus gleichem Grunde keine solche von längerer Dauer, als auf dem Verbrechen selbst stehen würde. Der nächste objective Anhaltpunkt für die Zulassung der Untersuchungshaft ist daher die Schwere des Verbrechens an sich und die bei den indicirten Schärfungs- und Milderungsgründen in Aussicht zu nehmende Dauer der Strafhaft. Um in dieser Beziehung keinen subjectiven Spielraum zu lassen, müßte von keinen schweren peinlichen Verbrechen im Allgemeinen die Rede seyn, sondern ganz speciell von dem Strafmaaße, dessen in Aussicht zu nehmende Verhängung die Untersuchungshaft zuließe. Auch der Vorschlag von Temme a. a. O. wegen der Kategorieen die Verhaftung mit denjenigen Verbrechen zusammenfallen zu lassen, welche zur Aburtheilung durch die Geschwornen gelangten, empfiehlt sich nicht, da, man mag im Uebrigen noch so beengende Ansichten über die Competenz der Geschwornen haben, doch alle politischen und namentlich Preßvergehen vor sie gehören und hier, auch wenn das

Schuldig erfolgt, oft auf viel unbedeutendere Strafen zu erkennen ist, als die Untersuchungshaft seyn würde.

Neben der Größe der zu erwartenden Strafe würde in weiterer objectiver Anhaltpunkt für Erkennung der Haft in der objectiven oder subjectiven Gemeingefährlichkeit [12]) liegen. Die objective, wie etwa Brandstiftung, müßte, um einen der richterlichen Ansicht entzogenen Bestimmungsgrund zu geben, vom Gesetz auf einzelne bestimmt genannte Verbrechen präcisirt seyn. Gleiches würde wegen einiger, und deßhalb vom judex juris zu würdigender Bestimmungsgründe aus dem subjectiven Thatbestande der Fall seyn, sofern sie in juristische Gewißheit gebracht wären, etwa weil der eines ausgezeichneten Diebstahls Beschuldigte schon früher des nämlichen Verbrechens schuldig erkannt war und sogleich nach Entlassung aus der Strafhaft auf freche Weise sein Handwerk fortgesetzt, oder wenn er Zeugen oder Gerichtsangehörige bedroht hat.

Solche allgemeine, vom positiven Gesetze anzuerkennende, Bestimmungsgründe für die Verhaftung dagegen, deren ganzer Thatbestand sich im Gesetze nicht in der Art, wie dies etwa bei der in Aussicht zu nehmenden Strafgröße der Fall ist, präcisiren läßt, nehmen noch mehr den Charakter bloßer Anhaltpunkte für den Richter an, und unterliegt daher die Erörterung, in wiefern einer von ihnen in einem gegebenen Falle vorliegt, füglicher der Beurtheilung durch die unten zu besprechenden judices facti. Anhaltspunkte der Art sind zunächst die Vermögensverhältnisse und zwar weniger die Größe des Vermögens, als die Art, wie dasselbe angelegt ist und

12) Art. 58 bis 71. des Strafprozeß-C. für Newyork bei Mittermaier a. a. O. S. 287. führt gesetzlich die englische Sitte ein, daß Derjenige, welcher Person oder Eigenthum bedroht, verhaftet wird, wenn er nicht Sicherheit leistet.

ob es hiernach leicht flüssig gemacht werden kann; ferner die Art des Lebensberufs des Angeschuldigten und ob derselbe vielleicht mehr oder weniger an die Localität gebunden ist, oder umgekehrt; endlich kommt in Betracht, ob der Angeschuldigte ein einzeln stehender Mann, oder ein Familienvater und die Verhältnisse seiner Kinder von der Art sind, daß auch sie, bei einer Flucht des Angeschuldigten, sich leicht an einen andern Ort übersiedeln können.

Wenn mit Recht diesen persönlichen Verhältnissen ein größeres Gewicht beigelegt wird, als aufgestellten Kategorieen von Verbrechen, so werden beide doch zusammenkommen müssen, um eine Verhaftung zu begründen: ein nach seiner persönlichen Stellung der Flucht Verdächtiger wird deßhalb wegen der Anschuldigung eines kleinen Vergehens noch nicht verhaftet werden können, und ebensowenig wird auch bei sehr schwerer Anschuldigung die Verhaftung eines Mannes noch nicht erforderlich seyn, dessen ganze Persönlichkeit dem Verdacht der Flucht nicht Raum giebt. Allein gerade weil für diese persönlichen Verhältnisse alle allgemeinen positiven Bestimmungen mehr nur Anhaltpunkte geben und das letzte Urtheil, in wiefern sie einen Fluchtverdacht im gegebenen Fall rechtfertigen, aus dem Leben selbst geschöpft werden muß, so werden es auch nur Männer finden können, die selbst mehr im Getriebe des Lebens stehen.

§. 8. Ergänzung des Verhaftungsgerichts aus dem Volke. Diese Männer würden, nach Analogie der Geschwornen bei der Urtheilsfällung, zu sagen haben, ob die ganze Persönlichkeit des Mannes und seine und seiner Familie Stellung im bürgerlichen Leben einen Verdacht der Flucht rechtfertigen. Sie würden nicht mit einer Anklagejury zusammenfallen, denn diese zu versammeln und eine ganze Procedur vor ihnen vorzunehmen, würde einen zu großen Aufenthalt verursachen, um eine

wirksame Gewähr gegen die vorläufig vom Untersuchungs-
richter vollzogene Verhaftung zu geben. Sie sollen auch
nicht über den Grad des Verdachts der Begangenschaft ent-
scheiden, theils weil dies wieder eine Procedur vor ihnen
erforderte, theils weil den Werth eines Indiciums nicht
als Grund zur Schuldigerkennung, sondern als Stoff zur
Fortführung der Untersuchung, doch vorzugsweise nur der
rechtsgelehrte Richter beurtheilen kann. Sie würden auch
durch ihren Wahrspruch kein Veto gegen die Verhaftung
einlegen können, sondern sie würden bei dem Richtercolleg,
das über die Bestätigung der vom Untersuchungsrichter voll-
zogenen Verhaftung zu entscheiden hat, von den verschiede-
nen, in ihrem Complexus die Verhaftung begründenden,
Momenten nur einen Ausspruch über das Eine, aus der
Persönlichkeit des Angeschuldigten und seiner Verhältnisse
entnommene Moment sich auszusprechen haben. Es
müßten hierzu in jedem Orte im Voraus einige tüchtige und
urtheilsfähige Männer bestimmt seyn, welche den Ange-
schuldigten, ihren Mitbürger, nach seinem Charakter,
seinem Vermögen und seinen Familienverhältnissen, auch
die einschlägigen Verhältnisse ihres Orts, so genau kennen,
daß sie aus dieser ihrer eignen Kenntniß sich ein Urtheil dar-
über bilden können, ob Flucht zu besorgen sey, oder nicht.
Sie würden, ähnlich wie bei dem Bürgermeister, welcher
den Leumundsbericht ausstellt, zugleich Zeugen seyn, dem
Materiellen nach, sie würden die thatsächlichen Grund-
lagen ihres so präcisirten Wahrspruchs mit in die Gerichts-
schranken bringen, ohne daß mit dem, mit der Verfügung
über eine Verhaftung unzulässigen Aufenthalt Zeugen
hierüber aufgefunden und abgehört werden müßten.

Sowie der Anklageprozeß vor der Jury nicht aus-
reicht, wenn er nicht auch in der Voruntersuchung durch-
geführt ist, so spricht der nämliche Grund, welcher die
Urtheilsjury nicht blos zur politischen, sondern auch zur

juristischen Nothwendigkeit macht, für Einführung eines solchen analogen Instituts bei Erkennung über die Bestätigung einer Haft. Denn was giebt eine größere Gewähr für materielles Recht, als wenn an das Lebendige ein lebendiger Maaßstab gelegt wird, an das im ganzen Lebenszusammenhang gegründete Verhältniß wieder die Anschauungsweise von aus dem Leben selbst in die Gerichtsschranken tretenden Männern und statt andern Beweises wesentlich die eigne lange Wahrnehmung?

Sagte Temme a. a. O.: freie Völker hätten nach besseren Garantieen gesucht und will man der großen Jury, wie in Nordamerika [13]), die Untersuchung aller Detentionsgefängnisse überlassen, oder dem Verhafteten die Befugniß geben, vor die Urtheilsjury geführt zu werden, so liegt es doch theils in der Unmöglichkeit, der Jury bei dieser Controlle alle Beweismittel vorzulegen, theils hängt das Ganze vom Umstande ab, ob die Jury zufällig versammelt ist, theils endlich liegt es auch schon im öffentlichen Interesse, eine Einrichtung, die zur Gewähr der Freiheit nöthig befunden wurde, immer angewendet zu sehen.

§. 9. Formelle Schutzmittel. Diese unterliegen keiner Erörterung mehr. Sie bestehen darin, daß, augenblickliche polizeiliche Vorkehrung abgerechnet, nur der zuständige Richter auf schriftlichen Befehl hin verhaften kann, welcher alle rechtlichen und thatsächlichen Entscheidungsgründe enthalten muß, um dem Richter zu seiner eignen Controlle zu dienen, daß alle Bedingungen der Verhaftung vorliegen. Nur möchte die Vorschrift noch beizufügen seyn, daß der Angeschuldigte im Augenblicke seiner Verhaftung zu vernehmen sey, was er zur Abwehr derselben anzugeben wisse. Bei einer der empörendsten Mordthaten, welche Nachts um 4 Uhr Einsenders

13) Entw. von Newyork Art. 277.

Bruder, als hiesigem damaligen Untersuchungsrichter, angezeigt wurde, sammelte derselbe bei Aufnahme des objectiven Thatbestandes die subjectiven Spuren und glaubte ein Individuum so dringend indicirt, daß er dessen Verhaftung anordnete, dieselbe wurde auch vollzogen; der Verhaftete wußte durch öffentliche Angestellte das alibi zu beweisen, und 5 Stunden nach Beginn der Untersuchung konnte die Freilassung verfügt, dieser Staatsangehörige also nicht nur vor fernerer Freiheitsentziehung geschützt, sondern auch, mit Verlassen einer falschen Spur, der Untersuchung die Richtung gegeben werden, welche bald zur Ermittelung des wahren Thäters führte.

Ausführlich sind die formellen Schutzmittel von Drechsler dargestellt im Decemberheft 1849 in v. Jagemann's Gerichtssaal [14]) und dort auch die Ergreifung auf frischer That erörtert. Wenn wir auch deren Begriff, zur größeren Garantie für die Freiheit, in Mittermaier's [15]) Sinn auffassen, so kann die Ergreifung nur das Eine Requisit der Verhaftung ersetzen, welches in genügendem Verdachte der Begangenschaft besteht, indeß die beiden andern Requisite, nämlich daß diese Begangenschaft auch unter ein Strafgesetz welches Verhaftung zuläßt falle und daß die Verhältnisse des Angeschuldigten die Flucht befürchten lassen, nun auch noch fest zu stellen sind, wenn die augenblickliche Ergreifung sich zur Verhaftung gestalten soll.

§. 10. Freilassung gegen Caution. Sind alle Bedingungen vorhanden, welche die Verhaftung wegen Gefahr der Flucht rechtfertigen, so muß dem Angeschuldigten die rechtliche Möglichkeit gegeben werden, der bloßen Vermuthung, daß er sich dem Arm der Gerechtigkeit ent-

---

14) S. 428 ff. §. 1. 2. 3. 4.
15) Stenographische Berichte der deutschen Reichsversammlung Band 2. Seite 2254. 2259.

ziehen werde, eine Gegenvermuthung für sein Verbleiben entgegenzustellen, nämlich Sicherheit für sein Stellen vor Gericht zu leisten. Der Staat kann an keinem unschuldigen Dritten, dem Bürgen, die Strafe selbst vollziehen lassen wollen, und so kann diese Sicherheitsleistung nur in Geld oder Geldeswerth, unmittelbar vom Angeschuldigten oder von dritten nur für Geldzahlung Bürgenden, gestellt werden und Geld kann freilich die Freiheit nicht aufwiegen und somit keine mathematische Gewißheit dafür geben, daß der Angeschuldigte sich in Person dem Gerichte stelle. Allein:

1) wo haben wir denn in unserm Rechtswesen mathematische Gewißheit; im alten Strafprozeß begnügten wir uns mit der Aussage von zwei Zeugen, und was diese aussagten wurde als richtig von ihnen aufgefßat und wahrheitsgetreu wieder gegeben unterstellt: es war juristische Wahrheit, und warum sollten wir nicht auch zum Urtheile des Angeschuldigten eine solche juristische Wahrheit einführen, nämlich ein ohngefähres Ausgleichungsmittel für das in der wirklichen Strafverbüßung liegende Uebel? Selbst im neuen Strafverfahren verlangen wir ja selbst für ein Schuldig bei Capitalverbrechen nicht mathematische, sondern nur historische Wahrheit, die Geschwornen sollen nicht so innig überzeugt seyn, daß sie das Gegentheil sich nicht als möglich gedenken können [16]).

2) So lange kein rechtskräftiges Urtheil ergangen ist, welches die Schuld ausspricht, liegt noch keine Gewißheit der Schuld vor: warum wollte man daher, wenn die Rechte im Anklageprozeß gleich sind, eine Gewißheit, statt der durch die Cautionsleistung gegebenen Wahrscheinlichkeit, vom Angeklagten verlangen, daß er sich stellen werde? Endlich ist

---

16) Präsident Weiß im Resumé von Stauf-Görlitz.

3) der Schaden nicht allzugroß, wenn der Angeklagte, der Cautionsleistung ungeachtet, entweicht, weil alsdann die Staatsgesellschaft dieses schädlichen Individuums überhoben ist.

Sowie die Grundrechte, so läßt sie auch die Preußische Criminalordnung §. 224 dem Grundsatze nach bei einigen Verbrechen zu. Ist aber dies der Fall: warum sie nicht, mit erhöhter Scala, für alle Verbrechen zulassen, solange ja auch der des höchsten Verbrechens blos Angeklagte immer noch der möglicherweise Freizusprechende ist, und warum nicht auch auf ihn das allein mögliche Ausgleichungsmittel anwenden zwischen dem Anspruche des Staats auf Sicherung der Verbüßung einer etwanigen Strafe und dem des Staatsangehörigen auf Freiheit seiner Person, solange er noch keines Verbrechens schuldig erkannt ist?[17])

§. 11. Bestimmung der Größe der Caution. Daß die Größe der Caution mit der zu befürchtenden Größe der Freiheitsstrafe steigen und fallen muß, bedarf keiner Erörterung, weil die dringendere Gefahr der Flucht auch eine desto größere Gewähr gegen dieselbe erheischt.

Allein eine bestimmte Geldsumme selbst ist mit Bezug auf die Verschiedenheit des Vermögens der einzelnen Staatsangehörigen nicht nur eine relative Größe, sondern je nach

---

17) Der Entwurf für New-York geht daher Art. 634 nicht weit genug, wenn er bei Anschuldigung ganz schwerer Vergehen gar keine Caution zuläßt, bei schwereren, felonies, sie dem richterlichen Ermessen anheim giebt und nur bei geringen, misdemeanor, als Recht des Angeschuldigten verleiht. Ist sie überall als ein Recht des Verhafteten zugelassen, so wird auch die Bestimmung des Art. 636: welche Beamten welche Arten von Cautionen verfügen können, sich richtiger dahin ausdrücken lassen, daß jedes Gericht, welches zur Aburtheilung des angeschuldigten Vergehens oder zu seiner *Verweisung* vor die Geschworenen zuständig ist, auch das *über die Freilassung* gegen Caution zuständige seyn muß.

der in der Persönlichkeit eines Angeklagten liegenden Gewähr wird auch die noch fehlende Bürgschaft gegen seine Flucht einen größeren oder geringeren Betrag als Caution erheischen.

Sowie nun bei der Begründung der Verhaftung es nicht ausreicht, bestimmte Kategorieen von Verbrechen und bezüglich zu erwartenden Strafgrößen aufzustellen, sondern auch die ganze persönliche Stellung eine der Prämissen hierzu zu geben hat und deßhalb folgerecht auch bei Bestimmung der Zulassung der Caution nicht blos die Schwere des Verbrechens, sondern auch die in der Persönlichkeit des Angeschuldigten liegende Bürgschaft gegen die Flucht einen der Factoren der richterlichen Entscheidung zu geben hat: so hat auch, wenn es sich nur noch um die Größe der Caution handelt, die Stufenleiter der für ein und das nämliche zu erwartende Strafmaaß bestimmten Cautionssumme die Eine Seite aus der Größe des Vermögens des Angeschuldigten, die andere dagegen aus der Persönlichkeit desselben und der Gesammtheit seiner Verhältnisse zu entnehmen.

Weil auch hier bürgerliche Verhältnisse nicht mit mathematischer Gewißheit aufgefaßt werden können und bei Normirung der Regel eben auch der regelmäßige Zustand angenommen werden muß, so wird, weil auch die Steuergesezgebung immer mehr ein richtiges Verhältniß finden wird, der aus der Größe des Vermögens zu entnehmende Factor nach dem directen Steuerkapital zu berechnen seyn; je nach dessen Größe oder Geringfügigkeit, je nachdem also für den concreten Pflichtigen das Geld einen größeren oder geringeren Werth hat, würde die Grundlage der Cautionsgröße das Doppelte oder die Hälfte derjenigen Summe bilden, welche das Gesetz für eine zu erwartende Strafgröße als Mittelsumme bestimmt.

Die Bestimmung der Cautionsgröße bis hierher würde dem Gerichtshof als solchem obliegen, weil dieser Theil der Bestimmung theils auf rechtsgelehrter Beurtheilung der Natur und Schwere des Verbrechens und folgeweise der in Aussicht zu nehmenden Strafgröße, theils auf dem bestimmten Satze des Steuerkapitals beruht. Allein die Größe des Vermögens bildet nur die Eine Prämisse für den im concreten Falle eintretenden Wechsel der abstract für eine Strafgröße bestimmten Cautionssumme; die andre Prämisse für diesen Wechsel der Scala liegt in der Persönlichkeit und den ganzen Verhältnissen des Angeschuldigten: und die Bestimmung, ob und in welchem, etwa doppelten und dreifachen Verhältnisse, von diesem Gesichtspunkte aus die abstracte Cautionssumme herabzusetzen sey, würde dem Bürgerausschusse obliegen, welcher dem über die Verhaftung zu erkennen habenden Gerichtshofe nach Analogie derjenigen Männer aus dem Volke beizugeben wäre, welche als Geschworne dem urtheilenden Gerichtshofe beigegeben sind. Auch hier kann kein irgend zeitraubendes Verfahren die thatsächliche Grundlage des Wahrspruchs geben, sondern diese Männer haben nicht blos ihr Urtheil, sondern auch ihre Kenntnißquelle aus dem Leben mitzubringen; als Mitglieder der Gemeinde des Angeschuldigten werden sie mit den betreffenden thatsächlichen Verhältnissen im Allgemeinen bekannt seyn, und auch hier, wie etwa nun ein Bürgermeister bei Ausstellung eines Leumundsberichts, in sofern die Eigenschaft von Zeugen und Richter der Thatfrage vereinigen. Denn ihr Wahrspruch hat ja nicht die Sache zu erledigen, sondern giebt nur für eins der vom eigentlichen Gerichtshof zu berücksichtigenden Momente den Stoff. Sie sind hiefür freilich mehr Richter als Zeugen, allein sie sind, was für einen solchen provisorischen und einer schnellen Erledigung erheischenden Zustand ebenso zulässig als erforderlich ist, durch ihre dop-

pelte Eigenschaft zugleich gewissermaßen als Zeugen, eigentlich nur in ihren Beweisgründen weniger beschränkt. Reicht nun aber ihre Sachkenntniß in einem gegebenen Falle für eine concrete Verminderung der abstracten, durch den eigentlichen Gerichtshof zu bestimmenden Cautionssumme nicht aus, so ist es bei Bestimmung der Cautionssumme, die ja eine schon für zulässig erkannte Verhaftung voraussetzt, weniger bedenklich, als bei Verhängung der Haft, der Ueberzeugung jener Männer auch außer ihrer eigenen Erfahrung liegende Beweismittel über die hier einschlagende Persönlichkeit und die Verhältnisse des Angeschuldigten vorzulegen, wobei denn die andre Seite ihrer Eigenschaft, die urtheilende, mehr hervortritt.

Muß hier die Bestimmung dieser Männer wesentlich auf ihrer eignen freien Anschauungsweise beruhen, so wird sie doch auch hier das Gesetz anweisen, vorzugsweise neben dem Charakter und dem Leumund des Angeschuldigten auch die Natur der Quellen seines Lebenserwerbs zu betrachten und ob er hiernach sich freier überall bewegen kann, oder mehr an ein festes Etablissement überhaupt und an seine Heimath insbesondere, sowie an bereits angeknüpfte, nicht so leicht zu erneuernde Geschäftsverbindung verwiesen ist, wohin namentlich auch die Art der Anlage seines Vermögens gehört und die hierin begründete Leichtigkeit oder Schwierigkeit desselben zu verpflanzen oder flüssig zu machen. Namentlich werden sie auch den Umstand zu betrachten haben, ob der Angeschuldigte ein einzeln stehender Mann, oder ob er Familienvater ist, und wie die Angelegenheiten seiner Kinder gestaltet sind. Denn wird auch der deutsche Familienvater mit Wärme und Neigung seine persönliche und unmittelbare Sorge vorzugsweise seiner Familie widmen wollen und schon deßhalb viel an seine persönliche Freiheit wagen, so wird er doch die Cautionssumme nicht aufs Spiel setzen, wenn sie zur Subsistenz seiner Fa-

milie und zur Erziehung und Ausbildung seiner Kinder nöthig ist, und daher eine solche Caution, auch wenn ihr Betrag unter dem abstracten Tarif der Cautionsscala steht, eine sehr sichere Bürgschaft seyn, daß der Angeschuldigte sie durch seine Flucht nicht Preis giebt.

Durch eine solche Ausbildung der Gesetzgebung über die Cautionen wird diesen nicht nur eine praktische Anwendung erleichtert, sondern auch dieses Prinzip eine über diesen nächsten Zweck hinausreichende Bedeutung erlangen.

Die Berücksichtigung der in der Persönlichkeit und allen Verhältnissen des Angeschuldigten liegenden Gewähr gegen die Flucht kann die Gesetzgebung nur zur Erleichterung der Cautionsstellung im Interesse des Angeschuldigten aufnehmen, um auch weniger Bemittelten die Möglichkeit zu geben, sich gegen Caution zu befreien: wenn daher ein Angeschuldigter die Mittel hat, die volle Caution stellen zu können, ohne die aus seiner Persönlichkeit und seinen Verhältnissen entspringende Berechtigung auf eine Verminderung des abstracten Tarifansatzes in Anspruch nehmen zu müssen, so darf er durch Erbieten zur Stellung der Caution in dieser Größe sich natürlich den Weiterungen einer Würdigung durch die Volksmänner entziehen, ob und welche Caution unter dem Tarifansatze ausreiche.

Ist der Grundsatz der Cautionsleistung anerkannt, so muß die Caution auch ebensowohl in Geld und Geldeswerth, als durch Bürgen gestellt werden können, welche der Bezahlung der Summe dieser Caution gewachsen sind. Gerade unter andern auch über die Zulässigkeit der Person der Bürgen würden die dem Gerichtshofe beigeordneten Volksmänner entscheiden können, wenn ihre ausreichende Zahlbarkeit nicht auf der Stelle durch klare Urkunden darzuthun ist. Je nach dem Bedürfniß oder der Convenienz

der Betheiligten muß, wie im Entwurf für New-York [18]), ein Wechsel dieser Sicherheitsleistung gestattet seyn, der Angeschuldigte statt der Bürgschaft das Geld hinterlegen, der Bürge dagegen den Angeschuldigten stellen dürfen. In der Achtsamkeit des dem Angeschuldigten doch jedenfalls nahe stehenden Bürgen auf den Angeschuldigten liegt ein weiterer Grund für die Wirksamkeit der Caution.

§. 12. **Die Caution kein Privileg der Reichen.** Unserm Rechtsmittel wirft man vor, es sey ein Privileg der Reichen. Allein dies ist es an sich nicht und namentlich nicht in seiner hier vorgeschlagenen Modification. Soll nicht Derjenige, welcher durch seinen und der Seinigen Fleiß und nüchternen Lebenswandel sich die Mittel zur Cautionsleistung erworben hat, so wie eine Erleichterung bei jedem andern Unglück, so namentlich auch mit einem mit so vielen Entsagungen, welchen sich Andre nicht unterzogen haben, erworbenen Vermögen die Freiheit erkaufen dürfen? Allein sehen wir selbst ab von der Art des Erwerbs des Vermögens; wenn wir in der Cautionsleistung ein Mittel erkannt haben, die Ausgleichung der Rechte des Staats und der Angeschuldigten herzustellen und Manche leider nicht in der Lage sind, davon Gebrauch zu machen: warum die Gewährung dieser Anforderung der Gerechtigkeit nun auch Denjenigen entziehen, welche in der Lage wären, sich ihrer zu bedienen? Wollen wir überhaupt keine Eisenbahnen bauen, weil wir dieselben nur in der Ebene anlegen und daher nicht auch den Bewohnern der Gebirge ihren unmittelbaren Vortheil sichern können? Inzwischen wird ja auch dem weniger Vermögenden die Cautionsleistung möglich, wenn das Gesetz dieselbe nicht nur dem relativen Vermögen durch eine nach dem Steuerkapital steigende Scala mehr bequemt, sondern noch neben der Größe

---

18) Art. 666.

des Vermögens auch der Persönlichkeit und den ganzen Verhältnissen des Angeklagten auch bei Bestimmung der Cautionsgröße einen Einfluß gestattet, der, weil er bei der unendlichen Mannichfaltigkeit der concreten Verhältnisse und ihrer gegenseitigen Nüancirung der Möglichkeit unmittelbarer gesetzlicher Bestimmung entzogen ist, dadurch ausführbar wird, daß er dem Ausspruche der Männer aus dem Volke unterliegt, welche, nach Analogie der Urtheilsgeschwornen beim entscheidenden Gericht, demjenigen Gerichtscolleg beigegeben sind, welches über die Verhängung der Verhaftung und ihre Wiederaufhebung gegen Caution zu entscheiden hat. Endlich wird, bei gesetzlicher Zulassung der Caution, auch dem ganz Mittellosen die Möglichkeit der Sicherung seiner persönlichen Freiheit geboten, wenn er durch ein tadelloses Leben sich das Vertrauen seiner Mitbürger erworben hat. Reden wir nicht von dem eines politischen Verbrechens Angeklagten, der eine Sympathie erregt, welche ihm die Caution verschafft; lassen wir die Verkettung unglückseliger Verhältnisse den Richter bestimmen, wegen eines gemeinen Verbrechens einen Mann in Anklage zu versetzen, welchen die öffentliche Meinung auf sein ganzes unbescholtenes Leben hin freispricht: wird hier bis der Wahrspruch der Geschwornen sein Schicksal definitiv entscheidet, das Vertrauen seiner Mitbürger ihm nicht die Möglichkeit geben, durch Caution sich seine persönliche Freiheit zu sichern? Wie alles Gute in innerem Zusammenhang steht, wird auch hierdurch der gegenseitige Einfluß von Gesetz und Sittlichkeit sich beleben und in dieser Richtung eine Entwickelung zu nehmen der Gesetzgebung den Boden im Leben sichern.

XIX.

Ueber die neuesten Fortschritte der Gesetzgebung des Auslands über Untersuchungshaft.

Von Mittermaier.

Es mag den Lesern des Archivs nicht ohne Interesse seyn, zur Ergänzung der im Aufsatze des Hn. Purgold über Untersuchungshaft aufgestellten Ansichten und zur Vergleichung, wie die immer dringender in neuester Zeit aufgestellten Forderungen eines nachdrücklichen Schutzes persönlicher Freiheit ohne Gefährdung der Interessen der bürgerlichen Gesellschaft verwirklicht werden, die neuesten Fortschritte der Gesetzgebung über Untersuchungshaft kennen zu lernen. Unsere Leser wissen, wie sehr die französischen Vorschriften über Untersuchungshaft Gegenstand des gerechten Tadels waren. Die wichtigsten Materialien zur Beurtheilung des gegenwärtigen Zustandes liefert die neueste Criminalstatistik von Frankreich [1]). Nach den Tabellen wurden im Jahr 1847. 82247 Personen verhaftet. Nur 452 wurden gegen Sicherheitsleistung provisorisch freigelassen. Der Bericht bemerkt: diese unbedeutende Zahl zeigt einen Fehler der Strafgesetzgebung vor ihrer Verbesserung durch das Dekret vom 23. März 1848. Von den 82247 provisorisch Verhafteten wurden

1) Compte général de l'administration de la justice criminelle en France pendant l'année 1847, Rapport p. XXXV.

5834 von den Assisenhöfen, 45856 von den correctionellen Gerichten verurtheilt und 7747 von den beiden Gerichten losgesprochen, während gegen 22358 die Untersuchung durch Dekret der Bezirksgerichte oder die Anklagekammern aufgehoben wurde. Die Untersuchungshaft gegen 30105 Personen, welche darnach ganz losgesprochen wurden, oder gegen welche die Untersuchung aufgehoben war, dauerte bei 22080 unter einem Monate, bei 4385 einen bis zwei Monate, bei 1582 zwei bis drei, bei 1640 3 bis 6, bei 418 mehr als 6 Monate. Man bemerkt, fährt der Bericht fort, daß gerade diejenigen die lange Untersuchungshaft vorzüglich traf, welche nachher von den Assisenhöfen losgesprochen wurden (1172 von diesen Losgesprochenen waren 3 bis 6 Monate verhaftet). Die Abhülfe, welche das Dekret der provisorischen Regierung in Frankreich vom 23. März 1840 brachte, ist ziemlich unbedeutend; es enthält nur die Aufhebung der Vorschrift des art. 119 des Code, daß das Minimum der Sicherheitsleistung, welche der wegen délits Beschuldigte zu stellen hat, 500 Francs betragen muß. Das Dekret giebt als Erwägungsgründe für die Aufhebung an, daß die gesetzliche Vorschrift eine schreiende Ungerechtigkeit gegen die Angeschuldigten enthalte, daß sie die Folge habe, daß Manche, welche nicht über die Summe von 500 Francs verfügen können, nicht zur Wohlthat der Freilassung zugelassen werden können, daß die Garantieen der gehörigen Stellung eines Angeschuldigten vor Gericht nicht allein in seinem Vermögen, sondern in seiner persönlichen Stellung, in seinem Wohnsitze, in seinem Gewerbe oder Beschäftigung, in seinen früheren Lebensverhältnissen und in der Natur des Vergehens liegen, dessen er angeschuldigt ist.

Wie verschieden von den französischen Ansichten über Untersuchungshaft und Cautionsstellung sind die

englischen und nordamerikanischen Bestimmungen. Wir haben in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung die sehr umfänglichen und in Einzelnheiten eingehenden Vorschriften über Verhaftung und Sicherheitsleistung nach dem neuen englischen Entwurfe der Strafprozeßordnung [2]) und des Staats Neu-York [3]) mitgetheilt. Während das französische Recht als Regel aufstellt, daß der wegen Verbrechen und Vergehen Beschuldigte verhaftet werden soll (ausnahmslos der wegen eines crime Angeschuldigte), und nur bei Vergehen mit vielen lästigen Beschränkungen das Gericht die Freilassung gegen Caution aussprechen kann, geht das englische und amerikanische von der höchsten Begünstigung der Befreiung von der Haft aus; der Beamte der Voruntersuchung (Friedensrichter oder police magistrate) ist völlig frei in seiner Entscheidung, ob der Angeschuldigte verhaftet oder zur Cautionsleistung zugelassen werden soll, und zwar ohne Unterschied der Vergehen; nur in dem schwersten Verbrechen schließt man zwar die Cautionsstellung nicht aus, will aber dem magistrate der Voruntersuchung dies Recht nicht geben, sondern nur von der Entscheidung des obersten Gerichts abhängen lassen, ob durch Sicherheitsleistung die Haft abgewendet werden soll.

Höchst merkwürdig ist in dieser Beziehung ein Aufsatz im neuesten Hefte einer englischen Zeitschrift [4]), der über die Mängel des französischen Strafprozesses und vorzüglich über die Ungerechtigkeit der französischen Gesetzgebung in Bezug auf Untersuchungshaft und Befreiung davon

---

2) In der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung Band XXII. S. 283—291.

3) Zeitschrift Band XXI. S. 238, besonders S. 317.

4) *Law Review and Quaterly Journal*, May 1850. p. 12 u.

gegen Sicherheitsleistung spricht und die Nachtheile der französischen Einrichtung schildert. Er hält die Wahrscheinlichkeit einer Lossprechung für einen Hauptgrund, der für Gestattung der Sicherheitsleistung spricht, weil die Gefahr einen Unschuldigen gefangen zu halten immer beachtet werden muß. Die Rücksicht auf die Lebensstellung des Betheiligten und auf die Neigung zu entfliehen muß entscheiden; allein dann muß in die Waagschale auch die Gewißheit fallen, daß der Angeschuldigte, wenn er entflieht, einer weit schwereren Strafe, der Verbannung aus seinem Vaterlande, und dem Verluste des Vermögens sich aussetzt, der gegen den ungehorsam Ausbleibenden eintritt.

Aus amtlichen Tabellen ergiebt sich, daß die Gestattung von Sicherheitsleistung bei solchen, bei denen die Richter die Vorgerichtstellung aussprechen, sehr häufig vorkommt. Ueber die Dauer der Untersuchungshaft lehren die Tabellen, daß von 24473 Gefangenen in der Voruntersuchung in England und Wales 1839. 9493 über einen Monat verhaftet waren, bis ihre Sache abgeurtheilt wurde, 3946 zwei Monate und 881 über 3 Monate verhaftet waren. Nach genauen Erkundigungen ist die Sicherheitsleistung leicht zu erlangen: selbst ärmere Personen, wenn sie sich gut betrugen und von ehrenwerthen Bürgern gekannt sind, finden leicht Bürgen während der Untersuchung; insbesondere ist es nicht selten, daß die Meister und Fabrikherren für ihre Gesellen oder Arbeiter, welche sich gut betragen haben, Bürgschaft leisten, wenn diese Personen eines Vergehens angeschuldigt werden. Wie sehr aber auch das englische Recht die Untersuchungshaft milde einrichtet und den Gefangenen von den Besuchen seiner Freunde, insbesondere seines Vertheidigers, nicht abschneidet, ergiebt sich aus einer schon früher in diesem Archive von uns

mitgetheilten [5]) Verordnung über Gefängnißeinrichtung für Untersuchungsgefangene. Daraus ergiebt sich auch, daß in England keine Spur eines Collusionsverhafts vorkömmt und Verhaftung nur eintritt, wenn Fluchtgefahr begründet ist, wo dann wieder das Grundgesetz der **Habeas-corpus-acte** dem Verhafteten wie seinen Freunden Mittel genug gewährt, die persönliche Freiheit zu sichern.

Es dürfte unsern Lesern nicht ohne Werth seyn, noch die Bestimmungen der neuesten ausländischen Gesetze über Untersuchungshaft und Sicherheitsleistung kennen zu lernen.

Die neue großherzoglich toskanische Verordnung vom 22. Nov. 1849 [6]) bestimmt (art. 42): So oft es sich um ein mit entehrender Strafe bedrohtes Verbrechen handelt, ist jeder Agent der öffentlichen Gewalt ermächtigt, den auf frischer That oder in den gleichgestellten Fällen [7]) betroffenen Angeschuldigten zu verhaften. Ist der Angeschuldigte ein Ausländer, oder unbekannt, oder ein Landstreicher, so kann er verhaftet werden, wenn auch das Vergehen nur mit einer Geldstrafe bedroht ist. (43): Der Verhaftete ist sogleich vor den Prätor (den Einzelnrichter) mit den auf den Thatbestand bezüglichen Gegenständen und den bei ihm gefundenen Ueberweisungsstücken zu führen. (44): Wenn das Vergehen nicht schon an sich eine Untersuchungshaft begründet oder es

5) Verordn. vom 24. Sept. 1847, im Archiv des Crim. Rechts 1848. S. 213.

6) Decreto di 22. Nov. 1849 che istituisca il regolamento per la istruzione dei processi criminali.

7) Die Verordnung bedient sich des Ausdrucks quasi flagranza. Das Gesetz von 1838, zu dessen Ergänzung die neue Verordnung dient, nennt im Art. 289 quasi flagranza die Fälle, wo der Angeschuldigte in einer dem verübten Verbrechen nahe folgenden Zeit und einem nahen Orte mit Waffen, Werkzeugen, Papieren oder andern Gegenständen oder unter Umständen betroffen wird, welche eine genügende Vermuthung begründen, daß der Angeschuldigte am Verbrechen Theil nahm.

an genügenden Verdachtsgründen mangelt, um den Angeschuldigten als schuldig anzunehmen, so wird sogleich die Freilassung erkannt; ist das Vergehen von der Art, daß es Untersuchungshaft begründet, so wird der Angeschuldigte vor den Staatsanwalt geführt. (45): Kann der Verhaftete genügende Sicherheit leisten, so wird er freigelassen. (46): Das Anerbieten der Sicherheitsleistung wird der Civilpartei mitgetheilt, und nachdem sie gehört und der Staatsanwalt mit seinen Anträgen vernommen ist, entscheidet der Untersuchungsrichter oder Prätor über die Zulässigkeit der Sicherheit und die Summe derselben. (47): Die Sicherheit kann entweder durch Hinterlegung einer Geldsumme oder Bestellung eines Bürgen bewirkt werden, welcher sich zur Zahlung einer bestimmten Summe für den Fall verpflichtet, daß der Angeschuldigte sich nicht auf ergangene Aufforderung vor Gericht stellt. Diese Verpflichtung bewirkt, daß der Bürge, wenn er nicht bezahlt, durch Personalarrest dazu angehalten werden kann. (48): Die Summe der Caution kann nicht unter 200 Lire [8]) und nicht über 2000 Lire betragen. Wenn es jedoch auf ein Vergehen ankommt, das nur mit Geldstrafe bedroht ist, so genügt es, wenn der Betrag der Caution dem höchsten Maaße der Geldstrafe gleichkommt. Ergiebt sich aus dem Vergehen ein zu Geld anzuschlagender Schaden, so muß die Caution auf eine Summe gerichtet seyn, welche die Hälfte des Schadensbetrags übersteigt. (49): Die Voruntersuchungshaft findet Statt in allen schweren körperlichen Verletzungen, wenn sie auch keine Lebensgefahr begründeten; ferner in den gegen öffentliche Behörden ausgeübten Gewaltthätigkeiten, bei Widersetzung gegen dieselben, und bei jeder öffentlichen Gewaltthätigkeit, wenn auch die Strafe des

8) Lira als gleichstehend einem Vier und zwanzig = Kreuzerstück.

Vergehens geringer als die des Zuchthauses ist. Art. (49): Die während der Untersuchung erkannte Haft wird von der Strafzeit, zu welcher der Angeschuldigte nachmals verurtheilt wird, abgerechnet, wenn die Haft bei Vergehen, die zur Zuständigkeit der niederen Strafgerichte 5 Tage, bei dem zur Zuständigkeit der Gerichte der ersten Instanz gehörigen Fällen einen Monat, und bei schweren Criminalfällen 3 Monate überstieg. (51): Im Strafurtheil muß diese Abrechnung ausgedrückt werden. (53): Außer dem Falle des Betroffenwerdens auf frischer That oder quasi flagranza [9]) kann keine Verhaftung ohne Befehl der zuständigen Behörde vorgenommen werden; wenn jedoch sehr schwere Indicien gegen eine Person sich ergeben und diese verdächtig ist, daß sie sich durch Flucht der Gerechtigkeit entziehen werde, kann auch, unabhängig von jedem anderen Verhaftsbefehl, der Prätor, in dessen Gerichtsbezirk sich der Angeklagte befindet, die Verhaftung anordnen, muß aber sogleich an die zuständige Behörde Bericht erstatten. (54): Auch außer diesen Fällen kann jeder Beamte der gerichtlichen Polizei und jeder Gensdarm seine Thätigkeit auf die Verfolgung der Verbrecher und die Sammlung von Beweisen richten, welche durch Verzögerung verloren gehen oder verändert werden könnten.

Ein ausführliches Gesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit und die Unverletzbarkeit der Wohnung vom 23. April 1849 erging im Canton Genf [10]). Nach art. 1 kann Niemand seiner Freiheit beraubt werden, ausgenommen in Gemäßheit eines von dem zuständigen

9) Unsere Leser werden erkennen, daß dieser Begriff so weit und unbestimmt gefaßt ist, daß unter diesem Mantel so viele Fälle begriffen sind, daß eigentlich keine Sicherheit besteht.

10) Das Gesetz besteht aus 20 §§. In §. 20 ist auch die Schuldhaft aufgehoben.

Gerichte ausgegangenen Urtheils oder kraft eines von einer durch das gegenwärtige Gesetz hiezu ermächtigten Behörde erlassenen Befehls zum Zwecke einer criminellen oder correctionellen Untersuchung. Nur im Fall des **flagrant délit** [11]) kann jeder Person die Verhaftung des Schuldigen bewirken, muß aber den Verhafteten sogleich an die zuständige Behörde führen. — Nach **art.** 3 wird Vorführungsbefehl (**mandat d'amener**) derjenige genannt, durch welchen ein Richter oder ein zuständiger Beamter verfügt, daß ein Angeschuldigter verhaftet und 24 Stunden lang im Gefängniß gehalten werde. Ermächtigt zur Erlassung eines solchen Befehls ist der Untersuchungsrichter, der mit dem Departement der Polizei und Justiz beauftragte Staatsrath, der Polizeidirector und im Falle des **flagrant délit** der Generalprocurator, die Friedensrichter, Polizeicommissäre, Bürgermeister, und in besondern gesetzlich bezeichneten Fällen die Gerichtspräsidenten. Nach **art.** 5 wird der Haftsbefehl (**mandat d'arrêt**) derjenige genannt, durch welchen der Untersuchungsrichter die Verhaftung und Festhaltung einer wegen Verbrechens oder Vergehens angeschuldigten Person während 8 Tage, oder wenn die Person schon verhaftet ist, die Zurückhaltung der Person während jener Frist anordnet.

Der Verwahrungsbefehl (**mandat de dépot**) wird in **art.** 6 der Befehl genannt, durch welchen die Rathskammer (**chambre d'instruction**) verordnet, daß eine wegen eines Verbrechens oder Vergehens angeschuldigte und verhaftete Person im Gefängniß verwahrt werde. Nach **art.** 7 muß jeder in Gemäßheit eines Befehls Verhaftete binnen 24 Stunden von dem Beamten, der den Befehl erließ, vernommen und, wenn er nicht freigelassen

11) Der **art.** 2 und 3 nimmt wörtlich die im französ. **Code** vorkommende Bezeichnung des **flagrant délit** an.

wird, vor die zuständige Behörde geführt werden, welche dann entweder den Haftbefehl erlassen oder die Freilassung anordnen muß. Nur die wegen Bettelei, Landstreicherei, oder Uebertretung der Fremdenpolizei Verhafteten werden binnen 24 Stunden von dem Departement der Polizei und Justiz freigelassen oder, wenn sie Ausländer sind, über das Gebiet des Cantons geschafft. Nach art. 8 muß jeder Befehl mit Datum, Unterschrift der anordnenden Behörde, genauer Bezeichnung des Angeschuldigten, der Handlung, wegen welcher er verhaftet, und des Gesetzes versehen seyn, nach welchem die Handlung Verbrechen oder Vergehen ist. Die Einhändigung einer Abschrift des Befehls muß an den Angeschuldigten sogleich geschehen.

Nach art. 9 kann der Untersuchungsrichter, wenn die Instruction eines Prozesses dies fordert, den Angeschuldigten binnen 8 Tagen der strengen geheimen Haft unterwerfen; nur mit Genehmigung der Rathskammer kann diese Haft verlängert werden. Nach art. 10 hat jeder Verhaftete das Recht, 1) einen Vertheidiger sich zu wählen und sich mit ihm zu unterreden, nachdem er von dem Richter oder Beamten binnen 24 Stunden vernommen worden ist; die Befugniß fällt weg, wo geheime Haft angeordnet ist. 2) Er hat das Recht, in jeder Lage der Sache seine provisorische Freilassung gegen Sicherheitsleistung zu fordern; diese muß immer bewilligt werden, wenn es sich um ein correctionelles Vergehen handelt, ausgenommen, wenn der Angeschuldigte schon früher wegen eines Verbrechens verurtheilt war, oder die Caution verfallen ließ. Nach art. 11 bestimmt die Rathskammer den Betrag der Sicherheitsleistung mit Rücksicht auf die Umstände des Verbrechens oder Vergehens und nach der Größe des wahrscheinlichen Schadens. Die Sicherheit wird durch Hinterlegung einer

Geldsumme oder durch Hypothek, oder durch solidarische Bestellung von drei zahlungsfähigen Bürgen geleistet. (Die übrigen §§ beziehen sich auf die Haussuchung; nur art. 16 bestimmt, daß jede gesetzwidrige Verhaftung, jede gesetzwidrige Verlängerung der Haft eine Schadensklage gegen denjenigen begründet, den die Schuld der Maaßregel trifft; die Entschädigung kann nicht die Summe von 25 Frcs. für jeden Tag gesetzwidriger Verhaftung betragen.)

Die Verhandlungen über den Gesetzesentwurf im großen Rathe [12]) tragen einen eigenthümlichen Charakter an sich; sie zeigen überall den Kampf der Ansichten der an den bisherigen französischen Code gewöhnten Männer, die sich kein Mittel des kräftigen Einschreitens entziehen lassen wollten, mit den Ansichten Anderer, welche die Freisinnigkeit der Einrichtungen zuweit treiben wollten, und mit den Stimmen verständiger Praktiker, welche aus Erfahrung die Mißbräuche nach der französischen Gesetzgebung kannten, aber nicht zu rasch bedenkliche Neuerungen begünstigen wollten. Am interessantesten waren die Verhandlungen [13]) über den Antrag, daß der Verhaftete vor einer Anklagejury (4 Geschwornen) vom Untersuchungsrichter vernommen werden sollte und die Geschwornen darüber zu entscheiden hätten, ob die Untersuchung fortgeführt und der Angeschuldigte verhaftet werden soll; wogegen (wohl mit Recht) geltend gemacht wurde, daß eine Jury hier nicht am Platze wäre, daß grundlose Freilassungen dadurch zu sehr begünstigt würden und die Geschwornen nach den vorliegenden dürftigen Verhandlungen zu wenig im Stande wären, richtig zu urtheilen. Die Anordnung der geheimen Haft war ein fernerer Gegenstand der Ver-

---

12) Mémorial des séances du grand conseil 1848—1849. p. 383, und über den neuen Entwurf 1849. p. 738.

13) *Mémorial 1849. p. 758.*

handlungen [14]); die Versammlung hielt die Maaßregel für nöthig, nur um nachtheilige Unterredungen mit anderen Personen zu verhindern; nach den Aeußerungen der Commission sollte die Maaßregel bei Angeschuldigten wegen correctioneller Vergehen nie, und bei criminellen Anklagen nur dann eintreten, wenn die Freilassung gegen Caution nicht gestattet werden kann. Ein leitender Grundsatz sollte seyn, daß das Ermessen der Rathskammer bei Gestattung der Caution völlig frei seyn sollte. Die auffallende Vorschrift, daß die Bürgschaft durch drei Bürgen geleistet werden sollte, wurde sehr ungenügend gerechtfertigt; es ist unbegreiflich, warum ein ehrenwerther zahlungsfähiger Bürge nicht genügen und warum ein neues Hinderniß dem Angeschuldigten, der über kein baares Geld sogleich verfügen, aber auf einen völlig tüchtigen zahlungsfähigen Bürgen sich berufen kann, bereitet werden soll, seine Freilassung zu bewirken?

Die neueste Strafprozeßordnung des Schweizercantons de Vaud [15]) schreibt über die Untersuchungshaft Folgendes vor, art. 66: der Angeschuldigte kann nur in den Fällen des art. 77 verhaftet werden. Der Gefängnißaufseher kann nur auf den Grund eines Auftrags der zuständigen Behörde einen Gefangenen aufnehmen (67). Jeder Gefangene wird bei seinem Eintritt vom Aufseher in Gegenwart eines Gerichtsvollziehers durchsucht (eine Frauensperson nur von einer Person ihres Geschlechts) (68). Der Gefängnißaufseher erhält von dem Richter die Aufträge über die Art der Behandlung des Gefangenen in Bezug auf Sicherheit und geheime Haft (69). Nur die von dem Richter mit einer Erlaubniß versehenen Personen können einen Gefangenen besuchen, immer nur in Gegenwart des Aufsehers, wenn nicht der Richter einen andern

14) Mémorial p. 770.

15) *Code de procédure pénale du Canton de Vaud du 1. Fevrier 1850.*

Befehl giebt (70. 71). Der Aufseher darf sich mit dem Gefangenen über den Gegenstand seines Prozesses nicht unterreden; er darf ohne Erlaubniß des Richters keinen Auftrag von ihm annehmen, ihm von Außen Uebergebenes dem Gefangenen nicht einhändigen (72).

Nach Art. 77 bleibt jeder Angeschuldigte vorläufig frei, in sofern der Richter nach Erwägung der Natur des Verbrechens und der Umstände findet, daß 1) kein Nachtheil für die Instruction des Prozesses sich daraus ergiebt; 2) daß Fluchtgefahr nicht anzunehmen ist; 3) daß Mißbrauch der Freiheit von Seite des Angeschuldigten während des Prozesses nicht zu besorgen ist, und 4) die Freilassung nicht eine nachtheilige Wirkung auf die öffentliche Meinung äußern könnte. Der Richter kann übrigens, wenn die persönlichen Garantieen des Angeschuldigten nicht genügend sind, eine Sicherheitsleistung fordern. Nach art. 78 entscheidet der Richter die Fragen über provisorische Freilassung, über die Zulänglichkeit der Caution, nachdem die Staatsbehörde und die Civilpartei in Kenntniß gesetzt und zur Aufgabe ihrer Erklärung aufgefordert sind; nach art. 79 können gegen seine Verfügung der Staatsanwalt, die Civilpartei und der Angeschuldigte Rechtsmittel in der Anklagekammer ergreifen.

Ist die Freilassung abgeschlagen, so kann das Gesuch später wieder angebracht werden (80), welches in jeder Lage der Untersuchung angebracht werden kann. Wenn die Gründe, welche den Richter bewogen die Freilassung zu bewilligen, aufhören, so kann er die Verhaftung anordnen, wogegen wieder Recurs Statt findet (82). Die Urkunde über Sicherheitsleistung muß eine öffentliche seyn (85). Das Maximum der Caution, welches nicht 4000 Francs übersteigen darf, wird von dem Richter in einer Summe bestimmt, über welche hinaus der Bürge nicht haften kann (86). Die Sicherheits-

summe ist bestimmt, die gerichtlichen Kosten, die Geldstrafen zu decken, und eine Summe zu liefern, welche der Strafe der Einsperrung (2 Francs auf den Tag gerechnet) gleichkommt (88). Die Verpflichtung hat ihre Wirkung nur in dem Falle, wo der Angeschuldigte vor oder nach dem Urtheile sich durch Flucht den Folgen der Verurtheilung entzieht (89), und die Caution erlöscht, wenn der Angeschuldigte zur Haft gebracht wird. Der Bürge kann in jeder Zeit seine Befreiung verlangen; worauf sogleich verfügt wird und die Caution fortdauert, wenn die Verhaftung nicht bewerkstelligt werden kann, während der Bürge frei wird, wenn die Verhaftung vorgenommen wird (90). Wenn die Caution bezahlt, der Verurtheilte aber ergriffen wird, so hat er doch seine Strafe zu bestehen, aber die vom Bürgen bezahlte Summe, so weit sie der Einsperrung entspricht, wird dem Bürgen zurückgegeben (94).

In Belgien hatte in der Repräsentantenkammer am 21. November 1849 Hr. Lelievre[16]) einen Antrag auf ein Gesetz über Untersuchungshaft eingebracht. Da der von ihm (einem geachteten Praktiker) vorgelegte Entwurf die Wünsche am besten ausdrückt, welche in jedem Lande mehr oder minder in Bezug auf die Verhaftung in der Voruntersuchung sich aussprechen, so ist eine Mittheilung des Entwurfs hier am Platze. — Art. 1. Wenn der Untersuchungsrichter einen Verhafts- oder Verwahrungsbefehl gegen einen Angeschuldigten erlassen hat, kann dieser durch eine von dem Staatsanwalt und der Civilpartei einzuhändigende Erklärung Einspruch gegen die weitere Vollstreckung des Befehls einlegen, mit Vorladung auf den nächsten Tag. Die nach art. 127 des Code zusammengesetzte Rathskammer des Bezirksgerichts entscheidet darüber unmit-

16) *Er ist* den gebildeten Juristen aller Länder durch seine 1828 *mit Beifall* aufgenommene Preisschrift „über den Versuch" *bekannt.*

telbar, nachdem sie den Staatsanwalt, die Civilpartei und den Angeschuldigten gehört hat. Die Civilpartei und der Angeschuldigte können einen Vertheidiger begehren. Art. 2. Wenn das Gericht erkennt, daß nicht hinreichende Gründe für die Aufrechthaltung der Verhaftung vorhanden sind, so ordnet es die Freilassung an, wodurch jedoch die Erlassung eines neuen Haftbefehls nicht gehindert wird, in sofern neue Anschuldigungen sich erheben. Art. 3. Sind nach der Ansicht hinreichende Gründe zur Verhaftung vorhanden, so erkennt es durch eine mit Gründen versehene Entscheidung über die Zulässigkeit einstweiliger Freilassung. Art. 4. Geht die Anklage auf ein mit Leibes= oder entehrender Strafe bedrohtes Verbrechen, so kann die Rathskammer diese Freilassung mit oder ohne Caution erkennen. Der Betrag der letzteren richtet sich nach der Beschaffenheit des Verbrechens und nach den Umständen. Die Vorschriften des Code über Freilassung gegen Caution bleiben in Kraft. Die erkannte Freilassung verliert ihre Wirkung durch das Erkenntniß, welches den Angeschuldigten vor den Assisenhof weist. Art. 5. Wenn die Handlung nur mit correctioneller Strafe bedroht ist, so wird die Freilassung in jeder Lage des Prozesses bewilligt. Nach dem Ermessen des Richters kann jedoch nach Umständen Sicherheitsleistung aufgelegt werden; die Freilassung kann aber auch verweigert werden, wenn früher der Angeschuldigte zur Zahlung seiner Caution gezwungen werden mußte, oder früher schon wegen eines Verbrechens oder Vergehens zu mehr als 1 Jahr Gefängniß verurtheilt wurde. Art. 6. Die Staatsbehörde, die Civilpartei und der Angeschuldigte können binnen 24 Stunden durch Erklärung auf der Gerichtsschreiberei Einspruch gegen eine in Gemäßheit der in den vorigen Artikeln ergangene Verfügung mit aufschiebender Wirkung einlegen. Art. 7. Die im art. 218 des Code bezeichnete Abtheilung des Appellationsgerichts entscheidet

über diesen Einspruch und kann auch verordnen, daß die Parteien vor ihr contradictorisch vernommen werden. Art. 8. Die Civilpartei, welche mit ihren Einsprüchen unterliegt, kann zur Entschädigung an den Angeschuldigten verurtheilt werden. Art. 9. Wenn der Verwahrungs- oder Haftbefehl durch einen bei dem Appellgerichte oder dem Cassationshofe angestellten Richter erlassen wurde, so werden die der Rathskammer des Bezirksgerichts nach den obigen Vorschriften beigelegten Befugnisse von der als Anklagekammer thätigen Abtheilung des Appellationsgerichts ausgeübt. Art. 10. Alle Prozeßhandlungen, die durch das gegenwärtige Gesetz eingeführt sind, werden stempelfrei und ohne Einregistrirungsgebühren vorgenommen. Art. 11. Das Erkenntniß, welches ein Gesuch von Freilassung abschlägt, schließt nicht aus, daß ein neues auf neue Umstände gegründetes Gesuch zu dem nämlichen Zwecke eingereicht werden kann. Art. 12. Wenn die gegen einen Verhafteten eingeleitete Voruntersuchung über einen Monat verlängert wird, so muß die Untersuchung nach vorgängiger Mittheilung an den Staatsanwalt der Rathskammer Rechenschaft geben, welche dann über die Sache entscheidet, wenn die Untersuchung reif ist, oder eine Ergänzung der Untersuchung anordnet. Dieser Vortrag des Untersuchungsrichters muß alle Monate gemacht werden. Art. 13. Die von der Rathskammer die Fortsetzung der Untersuchung anordnende Entscheidung kann durch den Betheiligten durch die Opposition (art. 6) angegriffen werden, wo dann im Falle der Abänderung der Verfügung der Anklagekammer über die Anklage entschieden wird.

In der Begründung dieses Antrags erklärt Hr. Lelievre, daß die Nothwendigkeit einer Revision des Code in Beziehung auf die Untersuchungshaft allgemein anerkannt werde, weil die Willkür des mit ungeheuern Befugnissen ausgestatteten Untersuchungsrichters schrankenlos ist,

weil darnach der ehrenwertheste Mann unter den unbedeutendsten Vorwänden verhaftet und seine Haft über alle Gebühr verlängert werden kann. Die Verkündung seiner Unschuld ist eine verspätete, wenn in Folge der langen Haft die wichtigsten Interessen des Angeschuldigten oft unwiederbringliche Verletzung erlitten haben und seine Gesundheit oder selbst sein Leben gefährdet sind. Eine solche Gesetzgebung kann nicht fortbestehen. Der Antragsteller erklärt, daß er der Justiz die Mittel einer energischen Wirksamkeit nicht entziehen wolle, daß aber denjenigen, welche das Unglück haben in Untersuchung zu gerathen, ihre Rechte auf Schutz der individuellen Freiheit gewährleistet werden müßten. — Nach der jetzigen französischen Gesetzgebung hat der Angeschuldigte, gegen welchen ein Verwahrungs- oder Haftbefehl erlassen ist, kein Rechtsmittel; der Entwurf will ein solches gewähren. Nach dem Code kann ein Angeschuldigter, welcher einer mit Leibes- oder entehrender Strafe bedrohten Handlung beschuldigt ist, keine Freilassung gegen Caution erlangen. Dies ist ungerecht; auch bei Verbrechen ist die Untersuchungshaft wenigstens während der ganzen Untersuchung nicht immer nothwendig, wenn der Angeschuldigte durch sein früheres Betragen, durch seine gesellschaftliche Stellung hinreichende Garantieen giebt, daß er sich bei Gericht stellen werde, und auf der anderen Seite nach den Umständen die Verhaftung nicht nothwendig erscheint. Die Gerichte müssen das freieste Recht haben, die Umstände zu erwägen. Wenn aber einmal die Versetzung in den Anklagestand ausgesprochen ist, so muß das Interesse der Gesellschaft durch Verhaftung sicher gestellt werden. Geht die Anschuldigung auf ein correctionelles Vergehen, so kann die provisorische Freilassung nicht verweigert werden, weil der Angeschuldigte nur durch ein schwereres Leiden, nämlich Verbannung bis zu 5 Jahren, sich der ihm drohenden Strafe entziehen könnte.

Allein auch hier muß das Ermessen der Richter frei seyn, um die Gesellschaft zu sichern; daher die Freilassung verweigert werden kann, wenn der Angeschuldigte schon früher eine Verurtheilung von wenigstens 1 Jahre sich zuzog, oder sich früher der Pflicht entzog, sich vor Gericht zu stellen; durch das Wort: *pourront* ist angedeutet, daß die Richter in den bezeichneten Fällen die Freilassung nicht abschlagen müssen, sondern nur hiezu ermächtigt sind.

Damit die Rathskammer nicht auf eine bedenkliche Weise endlich entscheiden kann, giebt der Entwurf auf ausgedehnte Weise die Mittel des Einspruchs an den Appellhof; gegen den Mißbrauch des Mittels von Seite der Civilpartei schützt die Vorschrift, daß, wenn die Opposition abgeschlagen wird, die Civilpartei zur Entschädigung verurtheilt werden kann, weil sie die Haft des Angeschuldigten verlängerte. Eine Hauptsache aber ist, um der grundlosen Verlängerung der Untersuchungshaft durch eine Vorschrift (art. 12) vorzubeugen, daß nach Ablauf einer gewissen Zeit (1 Monat) der Untersuchungsrichter über den Stand der Sache Vortrag an die Rathskammer erstatte, damit diese rechtzeitig Anordnungen treffen kann. Als der Antrag zur Berathung in die Kammer gelangte, erklärte der Justizminister, daß ungesäumt eine bereits ernannte Commission die Revision der Strafprozeßordnung vorbereiten, und dann der bezeichnete Gegenstand im organischen Zusammenhange verhandelt werden würde. Auf diese Art wurde die Berathung des Entwurfs von der Kammer vertagt, aber seine Vorschläge werden nicht unbeachtet bleiben [17].

---

17) Wir machen unsere Leser noch auf die Schilderung eines durch viele gute Werke über Strafrecht rühmlich bekannten belgischen Schriftstellers, Hrn. Hoorebeke, aufmerksam, der in seiner Schrift: „Considérations à l'appui d'un projet de réforme du Code d'instruct. Bruxelles 1846. p. 29—64" die Mängel der französ. (und belgischen) Gesetzgebung über Verhaftung und Sicherheitsleistung gut entwickelt und zu ähnlichen Vorschlägen wie Hr. Lelievre kommt.

Druckfehler

1) in den Bemerkungen des Dr. Groß zu dem Entwurfe des Thüringischen Strafgesetzbuchs,

im 1sten Stück:

Seite 139, Zeile 13 statt Verfassung lies Verlassung. Z. 10 v. u. st. zugefügt l. zufügen. — S. 141, Z. 15 v. u. st. der l. den. Z. 10 v. u. st. 1834 l. 1839. — S. 142, Z. 6 st. in dem l. indem. Z. 13 st. die l. diese. — S. 143, Z. 3 st. von l. vor. Z. 5 v. u. st. Gemeindebürgerwohl l. Gemeindebürgerrecht. — S. 144, Z. 11 statt ist l. ist doch. Z. 13 st. ungeachtet l. wo ungeachtet. — S. 145, Z. 15 st. auf l. auch. Z. 13 v. u. st. gebrachten l. gebrachter. — S. 146, Z. 3 v. u. st. ferner l. wie. — S. 149, Z. 8 st. bei den l. beider. Z. 9 statt hiedurch l. sie durch. Z. 17 st. settener l. selten. — S. 150, Z. 16 nach Abänderungen einzuschalten: der Bestimmungen. — S. 151, Z. 11 nach Verbrechens einzuschalten: gerichteten Handlungen. — S. 152, Z. 10 st. Verbrechens l. Verbrechers. Z. 1 v. u. st. Verbrechens l. Verbrechers. — S. 153, Z. 10 st. nur l. mir. Z. 22—24 muß die Parenthese wegfallen. Z. 25 st. etwa l. eben. — S. 154, Z. 4 st. Abtheilungen, l. Beurtheilungen. Z. 8. st. 8 l. S.

im 2ten Stück:

S. 245, Z. 5 st. Verbrecher l. Verbrechen. — S. 247, Z. 1 und 3 v. u. st. Verbrechens l. Verbrechers. — S. 249, Z. 2 v. u. st. Convenienzen l. Inconvenienzen. — S. 250, Z. 5 v. u. st. zur l. bei. — S. 251, Z. 17 st. Bd. I. u. l. Beil. zu. — S. 253, Z. 5 st. dadurch l. aber doch. — S. 254, Z. 2 v. u. st. finden l. sind an. — S. 257, Z. 14 st. auch l. auf. — S. 259, Z. 1 v. u. st. nun l. nur. — S. 261, Z. 8 v. u. st. Untergang l. Uebergang.

2) in der Abhandlung des Dr. Marquardsen zur Lehre von den Beleidigungen nach englischem Rechte,

im 2ten Stück:

S. 218, Z. 4 v. u. st. ist. Da l. ist, da. — S. 219, Z. 3 v. o. st. Bestimmung l. Bestimmungen. Z. 3 v. u. st. auch l. rasch. — S. 220, Z. 8 v. o. st. Drohen der Friedensbrecher

Z. drohenden Friedensbruch. Z. 18 v. o. st. stellt l. steht. Z. 24 st. daß l. z. B. — S. 221, Z. 13 v. o. st. sland l. stand. Z. 14 st. hair l. have. — S. 222, Z. 9 v. o. st. informations l. information. Z. 10 st. Criminalverfahren l. Civilverfahren. Z. 22 st. Jackbool l. Jackboot. Z. 27 st. Formelregel l. Formregel. Z. 29 st. Ausstellungen l. Ausführungen. — S. 224, Z. 2 v. o. st. nur l. und. — S. 225, Z. 17 v. o. st. in der l. in dem. — S. 226, Z. 17 v. o. st. Nun l. Nur. Z. 22 st. er l. es. Z. 29 st. ; auch l. , auch. — S. 227, Z. 16 v. o. st. de jure während l. de jure, während. Z. 2 v. u. st. Torys l. Tories. — S. 228, Z. 22 v. o. st. zwar l. gern. Z. 3 v. u. st. in l. an. — S. 229, Z. 2 v. o. st. ; die l. . Die. Z. 5 st. Versetzung l. Verfolgung. Z. 8 st. Woodhall l. Woodfall. Z. 17 st. soll, ob l. soll, 2, ob. Z. 26 st. Woodsall l. Woodfall. — S. 230, Z. 3 st. Nun l. nur. Z. 7 st. hervor l. heraus. Z. 26 v. o. st. vorsetzende l. vorsitzende. Z. 28 st. die er l. die dieser. Z. 3 v. u. st. for the court l. for the arrest. Z. 2 v. u. st. von l. vor. S. 232, Z. 8 v. u. st. „sarp, there it" l. „says, there is." — S. 233, Z. 6 v. o. st. vom Mark l. am Mark. Z. 14 st. er l. es. Z. 5 v. u. st. Faction l. Factum. — S. 234, Z. 2 v. o. st. duly l. duty. Z. 4 st. improves l. infamous. Z. 7 st. Ministerien l. Ministern. Z. 10 st. Ausdrücke l. Aussprüche. Z. 16 st. auch l. noch. Z. 17 st. . Im l. , im. Z. 8 v. u. st. feril l. fine. — S. 235, Z. 16 v. o. st. Aeußerung l. Aufforderung. Z. 2 v. u. st. Fall l. Fall u. s. w. — S. 236, Z. 2 v. o. st. sondern l. aber. Z. 23 st. socialen l. sovielen. Z. 6 v. u. st. natürlich l. dagegen. — S. 237, Z. 14 v. o. st. Vagrantsbil l. Vagrantsact. Z. 21 st. ein schöner Beleg l. lesenswerth. Z. 24 st. über Einen in Gedanken l. in Gedanken über Einen. Unterste Zeile st. Mehrheit l. Wahrheit. — S. 238, Z. 21, 22, v. o. st. goggingbils l. Gaggingbills. — S. 239, Z. 10 v. o. st. schlüs l. schlus. Z. 9 v. u. st. ihnen l. ihm. — S. 240, Z. 13 v. u. st. Russel l. Russell. Unterste Zeile st. can mean wrong l. can mean no wrong. — S. 241, Z. 7 v. o. st. Schreier l. Schönes und st. das Volk l. man. Unt. Z. st. Stein l. Kern. — S. 242, Z. 21 v. o. st. stellt l. stellte.

Gebauersche Buchdruckerei in Halle.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

F. C. Th. Hepp
in Tübingen,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

A. W. Heffter
in Berlin,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1850.
Viertes Stück.

Halle,
C. A. Schwetschke und Sohn.
1850.

Inhalt.

Erstes Stück.

Zweites Stück.

Drittes Stück.

Viertes Stück.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1850. Viertes Stück.

XX.

Ueber die Bedeutung des auf Nichtschuldig lautenden Wahrspruchs der Geschwornen und seine Wirkung in Bezug auf die Erhebung einer neuen gerichtlichen Verfolgung.

Von

Mittermaier.

Die Verhandlungen der belgischen Kammern über einen Gesetzesentwurf, welcher die Auslegung des art. 360 des Code d'instr. betrifft, haben die Wichtigkeit einer Frage gezeigt, über deren Beantwortung die größte Ungewißheit herrscht, während sie mit den wichtigsten Interessen der öffentlichen Ordnung, der Bürger und der Bedeutung des Ausspruchs der Geschwornen zusammenhängt. Es kommt auf die Frage an: ob gegen denjenigen, welcher in einem Strafprozesse von den Geschwornen als nicht schuldig er-

klärt und daher losgesprochen wurde, in der Folge eine neue Anklage erhoben werden kann, welche sich auf Thatsachen gründet, auf welche die vorige Anklage gebaut war: ob daher derjenige, welcher wegen Mordes des **A** angeklagt und nicht schuldig erklärt wurde, in der Folge wegen unvorsichtiger oder fahrlässiger Tödtung des **A** verfolgt werden darf; ob die wegen Kindesmordes Angeklagte, aber als nichtschuldig Erklärte in der Folge angeklagt werden kann, durch Fahrlässigkeit den Tod ihres Kindes verursacht zu haben; ob derjenige, welcher angeklagt war, die **B** vergiftet zu haben um sie zu tödten, und freigesprochen wurde, später angeklagt werden kann, die Stoffe der **B** beigebracht zu haben, um Kindesabtreibung zu bewirken; ob derjenige, welcher wegen gewisser Aeußerungen angeklagt war, Versuch des Hochverraths verübt zu haben und losgesprochen wurde, angeklagt werden kann, durch diese Aeußerungen Majestätsbeleidigung begangen zu haben.

Der art. 360 der französ. Strafprozeß-Ordn. erklärt: toute personne acquittée légalement ne pourra plus être réprise ni accusée à raison du même fait. Die Bedeutung und der Umfang der durch diese Vorschrift ausgesprochenen Unumstößlichkeit des Wahrspruchs der Geschwornen und daher die richtige Auslegung der Worte: du même fait, ist nun der Gegenstand eines seit 1810 dauernden Streits in den Gerichtshöfen; die Folge davon ist, daß der scheinbar so freisinnig ausgesprochene Grundsatz der Unumstößlichkeit in der Wirklichkeit soviele Ausnahmen erhält, daß auf einen sicheren Schutz der Angeklagten und von den Geschwornen als nichtschuldig Erklärten nicht gerechnet werden kann. Es ist nothwendig, vorerst die Art der Entstehung des art. 360 näher zu betrachten [1]).

---

1) *Hélie* traité de l'instruction criminelle III. p. 595 seq.

Schon im Gesetze von 1791 art. 28. Titel I. Theil II. war ausgesprochen, daß der von den Geschwornen Losgesprochene (eigentlich derjenige, gegen welchen die Anklagegeschwornen erkannt hatten, daß die Anklage nicht zulässig sey) à raison du même fait nicht mehr verfolgt werden kann, wenn nicht neue Anschuldigungsgründe sich ergeben. Dieser Satz wurde nach einem damaligen Gesetze [2]) im ausgedehntesten, dem Angeschuldigten günstigen Sinne verstanden. Der Code vom 3. Brumaire IV. art. 241. 255 bediente sich des nämlichen Ausdrucks: même fait; viele unter der Herrschaft dieses Gesetzbuches ergangene Rechtssprüche bestätigten die Ansicht [3]), daß ein Losgesprochener auf den Grund der nämlichen Thatsachen, worauf die frühere Anklage gebaut war, nie mehr, weder vor dem Assisenhofe noch dem Zuchtpolizeigerichte angeklagt werden könne. Der Wahrspruch der Nichtschuld tilgte nach der damaligen Ansicht nicht blos die Anklage, die den Geschwornen vorgelegt war, sondern alle möglichen Anklagen und Anschuldigungen, welche aus den bereits vor Gericht gezogenen Thatsachen abgeleitet werden können. Das jetzige Gesetzbuch bedient sich, um die Unumstößlichkeit des Wahrspruchs auszudrücken, der nämlichen Ausdrücke, welche die früheren Gesetze brauchten; es ist daher begreiflich, daß man zur Annahme berechtigt ist, daß der Gesetzgeber die Worte auch in dem nämlichen Sinne brauchen wollte, den sie früher hatten. Ein Rechtsspruch des Cassationshofes [4]) erkannte dies auch an, indem in einem Falle, in welchem der wegen vorsätzlicher Tödtung Angeklagte und Freigesprochene wegen fahrlässiger Tödtung angeklagt werden sollte, das Gericht aussprach, daß nach

---

2) Decret v. 21. Prairial Jahr II.

3) Zusammengestellt in Hélie tr. de l'instr. p. 587.

4) vom 29. Oct. 1812.

der **généralité des expressions de la déclaration du Jury et l'interprétation, qu'exige la faveur de tout accusé, la déclaration doit être censée porter tant sur le fait d'homicide en lui même ou sa légitimité, que sur l'absence de volonté, et que des lors il n'existe plus une base à une poursuite quelconque contre l'accusé, à raison du fait qui a formé l'objet de son accusation.** Fortdauernd hatten in diesem Sinne mehrere französische Appellhöfe an dieser Ansicht festgehalten [5]).

Diese Ansicht ist aber nicht mehr die des französ. Cassationshofes, der in vielen Rechtssprüchen [6]) das Wort: **même fait**, nur auf die gestellte Anklage beschränkt und daher die neue Verfolgung wegen fahrlässiger Tödtung gegen denjenigen zuläßt, welcher wegen vorsätzlicher Tödtung freigesprochen wurde. Es muß auch bemerkt werden, daß angesehene französische Schriftsteller [7]) diese Ansicht des Cassationshofes theilen.

Die Stimmen anderer achtungswürdiger Criminalisten Frankreichs, vorzüglich die von Carnot [8]) und Hélie [9]), erklären sich jedoch für die frühere Ansicht. Die neueren deutschen Gesetzbücher, welche die Schwurgerichte regeln und im Wesentlichen dem französischen Gesetzbuche folgen, enthalten entweder nur eine wörtliche Uebersetzung des art. 360 [10]), oder sie umschreiben den französischen Artikel [11]), indem sie sagen: in Ansehung

5) Z. B. die von Riom (2. Janv. 1829), von Grenoble (31. Jul. 1833), Colmar (5. Janv. 1831), Poitiers (28. Mars 1840).

6) vom 25. Nov. 1841, 18. Mars 1840, 5. Février 1841.

7) Legraverend traité I. p. 446. Bourguignon tom. II. p. 361. Mangin II. p. 362.

8) Carnot instruction crim. vol. II. art. 360. not. 9.

9) Hélie traité de l'instruction III. p. 602.

10) Z. B. großh. hessisches Gesetz §. 190. Nassauisches.

11) Z. B. baierisches Gesetz vom 10. Nov. 1848. §. 263.

derselben That, welche den Gegenstand der Anklage bildete; oder stellen den französischen Satz des art. 360 nicht mehr auf, bestimmen aber bei der Wiederaufnahme der Untersuchung die Fälle, in welchen der Losgesprochene wieder verfolgt werden darf, und sind im Allgemeinen weit härter als das französische Recht, indem sie die Wiederaufnahme gestatten, wenn entweder nachgewiesen werden kann, daß die vorige Freisprechung durch Fälschung, falsches Zeugniß, Bestechung erlangt wurde, oder wenn ganz neue Beweismittel vorgefunden werden, aus welchen sich die Verurtheilung des Angeklagten mit Grund erwarten läßt [12]). Ueber die eigentliche hier vorliegende Frage erklären sich die neuen Gesetzbücher nicht.

In den rheinischen Cassationshöfen siegte die zuletzt von dem französischen Cassationshofe angenommene Ansicht; so erkannte der Berliner Revisionshof [13]), daß die Freisprechung von der Anklage auf freiwillige Verwundung die erneuerte Anschuldigung der nämlichen Person wegen der durch Fahrlässigkeit verursachten Verletzung nicht ausschließe, weil jene Freisprechung sich nur auf die bestimmte Thatsache, die freiwillige Verwundung bezog, während bei der neuen Anklage eine gesetzwidrige Handlung ganz andrer Art und ein Vergehen vorliegt, das allen Dolus ausschließt, und die frühere Gesetzgebung, nach welcher die Fragen unter allen möglichen Gesichtspunkten gestellt werden mußten, nicht mehr bestehe [14]). Merkwürdig ist es, daß Daniels (selbst Mitglied des rheinischen Cassationshofes)

---

12) In diesem Sinne s. braunschweig. Strafprozeßordn. §. 193. Oesterreichische Str. P. O. §. 393. Thüringische §. 254. 297. 335. 336.

13) Rechtsspruch vom 17. Dec. 1823.

14) Volkmar, die Jurisprudenz des rheinischen Cassationshofes in Berlin S. 441.

in seinem neuen Werke [15]) erklärt, daß der nichtschuldig Erklärte wegen der That, welche den Gegenstand der Anklage bildete, (nach der Annahme des Revisionshofes auch nicht wegen einzelner Bestandtheile derselben, welche für sich oder verbunden mit anderen Thatsachen unter ein besonderes Strafgesetz fallen,) strafgerichtlich verfolgt werden kann.

In Belgien hatte die französische Rechtsprechung Einfluß auf die Gerichtshöfe. Während die Assisenhöfe noch zuweilen den art. 360 in dem früher in Frankreich anerkannten Sinne auslegten, schloß sich der Cassationshof zu Brüssel an die Ansicht des Pariser Hofes an; im J. 1846 hatte der Brüsseler Appellhof [15a]) in dem Falle, in welchem er die wegen Kindesmordes Freigesprochene später wegen des durch Vernachlässigung herbeigeführten Todes des Kindes die Anklage als gerechtfertigt betrachtet. Der Streit der Gerichtshöfe erhielt vorzüglich seit 1848 eine große Bedeutung, als wieder eine wegen Kindesmordes freigesprochene Person wegen Unterdrückung der Kindesleiche vor Gericht gestellt wurde und ein Gerichtshof (von Charleroy) die Unzulässigkeit der neuen Anschuldigung wegen vorhandener Rechtskraft nach art. 360 erkannt hatte [16]). Der Cassationshof vernichtete dies Urtheil und nahm die französische Rechtsprechung an, wies dann den Fall an den Appellhof von Brüssel [17]), welcher aber den art. 360 im entgegengesetzten Sinne auslegte und die neue Anklage zurückwies [18]), worauf der Cassationshof von neuem ein vernichtendes Urtheil erließ [19]). Die Staatsregierung

---

15) Daniels Grundsätze des französ.-rhein. Strafverfahrens S. 198.

15a) Belgique judiciaire 1846. p. 1104.

16) Belgique vol. VII. p. 449.

17) Belgique l. c. p. 459.

18) Belgique p. 461. 19) Belgique p. 462.

wurde durch diesen Widerstreit der Ansichten bewogen, einen Gesetzesentwurf an die Kammern zu bringen, worin sich das Ministerium der Ansicht des Cassationshofes anschloß und zur Beseitigung des Streits vorschlug, den art. 360 des Code so zu fassen: ne pourra être reprise ni accusée la raison du même fait, *tel qu'il a été qualifiée*. Diese Fassung ist in dem von den Kammern angenommenen Gesetze vom 21. April 1850 aufgestellt. Der Ausschuß der Repräsentantenkammer stellte den Antrag, diese Fassung anzunehmen. Die Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten [20]) sind sehr belehrend. Gegen diese Vorschläge erhoben sich besonders zwei auch in der wissenschaftlichen Welt rühmlich bekannte Abgeordnete, Lelièvre und Destriveaux, und stellten abweichende Anträge. Nach dem Antrage des Ersten sollte der art. 360 so gefaßt werden: du même fait, quelle qu'en soit la manière, dont celui-ci a été qualifiée. Nach dem Antrage des Zweiten sollte es heißen: quelle qu'en ait été la qualification. Wir werden auf die Gründe der scharfsinnigen Begründer dieser Anträge ebenso wie auf die des H. Orts, der sie unterstützte, unten zurückkommen. Der Justizminister und Berichterstatter (Jullien) vertheidigte die Anträge der Regierung. Auch ihre Gründe sollen unten angegeben werden. Bei der Abstimmung wurde der Regierungsentwurf mit 47 Stimmen gegen 16 angenommen. Im Senate trug gleichfalls der Berichterstatter im Namen des Ausschusses [21]) auf die Annahme des Entwurfes an. Gegen die von der Kammer angenommene Ansicht hatte die öffentliche Stimme vielfach sich ausgesprochen [22]). Diese

---

20) Annales parlamentaires session de 1849. 50 chambre des réprésentans p. 941. (Sitzung vom 15. März 1850.)

21) Annales parlamentaires senat. documens p. 219.

22) Ein guter Aufsatz in der Belgique judiciaire 1850. nro. 35.

Annahme erfolgte auch. Es ist Pflicht, vorerst die Gründe derjenigen aufzustellen, welche die strenge Ansicht vertheidigen, die am schroffsten in dem belgischen Regierungsentwurfe ausgedrückt ist und der französischen Rechtsprechung zum Grunde liegen.

1) Der Ausdruck: même fait, kann nur auf die Anklage, wie sie gestellt worden ist, bezogen werden. Die Rechtskraft soll nur die Wirkung haben, daß der wegen eines bestimmten Verbrechens Angeklagte und von seinen Mitbürgern Losgesprochene nicht wegen dieses Verbrechens wieder verfolgt und so der Wahrspruch der Geschwornen umgestoßen werden kann. Die Geschwornen haben nur über dasjenige, was ihnen vorgelegt ist, zu entscheiden; nur darauf geht ihre Berathung und ihr Wahrspruch. Wenn daher eine Person des Mordes angeklagt ist und der Staatsanwalt das Daseyn von Thatsachen nachzuweisen sucht, welche den Vorbedacht und die mit Ueberlegung gefaßte mörderische Absicht beweisen sollen, so prüfen die Geschwornen, ob diese Thatsachen, welche den in der Anklage behaupteten Mord begründen, vorhanden sind; finden sie dies nicht, so sprechen sie aus, daß der Mord nicht bewiesen ist und daher der Angeklagte nichtschuldig ist, d. h. des Mordes nicht schuldig. Wird später der Angeklagte wegen fahrlässiger Tödtung angeklagt, so ist dies un autre fait; denn das nämliche wäre es nur, wenn man ihn noch einmal des Mordes anklagen wollte.

2) Auch in dem Ausdrucke: non coupable, liegt die Erklärung, daß die Geschwornen der Handlung, worauf die Anklage geht, das Merkmal eines crime entziehe, da nur auf Aburtheilung von crimes die Zuständigkeit der Schwurgerichte geht; dadurch aber ist der in dieser Handlung möglicher Weise liegende Charakter eines Vergehens (délit) nicht getilgt. Selbst aus der Fassung des art. 337

des Code ergiebt sich dies, indem die Frage, welche sich aus der Anklageakte ergiebt, gestellt werden soll: l'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre?; also die Anklageakte, welche eben die gesetzliche Charakterisirung der Handlung als Verbrechen enthält, soll entscheiden; die Geschwornen haben nur zu entscheiden, ob A schuldig ist des Verbrechens, das in der Anklage bezeichnet war. Ueber eine andere Charakterisirung sprechen sie durch das Wort: non coupable, nichts aus; es kann daher der Freigesprochene sich auch nicht darauf berufen, daß er als nicht schuldig wegen eines Vergehens erklärt worden sey, auf welches in der früheren Verhandlung keine Anklage vorkam, welches daher auch der Prüfung der Geschwornen nicht vorlag.

3) Eben weil der Gesetzgeber des Ausdrucks: même fait, sich bedient, kann da keine Rechtskraft angenommen werden, wo andere Thatsachen bei der neuen Anschuldigung vorliegen. Immer besteht aber eine Anklage aus besonderen Thatsachen, die nur zum Wesen derselben gehören. Wenn z. B. bei Anklage wegen Kindesmordes der Staatsanwalt sich darauf beruft, daß die Thäterin schon lange vor der Entbindung jede Möglichkeit einer Entdeckung der Schwangerschaft beseitigte, einer mit ihr einverstandenen Person ihre Absicht das Kind zu tödten gestand, bei der Entbindung die nahe liegende Hülfe von sich wies, daß auch die Verletzungen am Kinde Zeichen gewaltsamer Behandlung sind, so liegt ein Inbegriff bestimmter Thatsachen vor, welche den Kindesmord ausmachen; darüber wurde verhandelt, berathen und entschieden. Wird nun diese Person von der Anklage des Kindesmordes freigesprochen und wegen fahrlässiger Tödtung des Kindes angeschuldigt, so sind es andere Thatsachen, worauf diese Anschuldigung gebaut ist, z. B. daß sie gleichgültig gegen ihr Kind gewesen, die Nabelschnur nicht un-

terbunden, Niemanden gerufen habe, der dem Kinde Hülfe bringen konnte. Die Freigesprochene kann daher nicht behaupten, daß sie bei einer Anschuldigung wegen fahrlässiger Tödtung wegen der nämlichen Thatsachen vor Gericht gestellt werde.

4) Wenn der art. 360 des Code ausspricht, daß die personne légalement acquittée nicht wegen der nämlichen Thatsache verfolgt werden kann, so liegt darin eben, daß dies Urtheil der Verfolgung wegen eines anderen Vergehens nicht im Wege steht; denn die Freisprechung bezog sich nach art. 358 auf das acquittement de l'accusation, also nur von der Anklage, wie sie gestellt war, nicht auch von allen möglichen Anklagen, die auf neue Thatsachen sich stützen.

5) Das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft selbst fordert, daß der Schuldige, welcher strafbare Handlungen verübte, auch die verdiente Strafe leide; die Gesellschaft würde aber entwaffnet seyn, wenn sie gehindert wäre, denjenigen, der zwar wegen einer strafbaren Handlung freigesprochen wurde, wegen eines andern Vergehens zu verfolgen.

6) Einen Grund für die Ansicht der Zulässigkeit einer neuen Verfolgung findet man auch in der Stellung des Generalprocurators, welcher an den Assisenhof nur diejenige Anklage bringen kann, welche in dem Urtheile der Anklagekammer (arrêt de renvoi) zum Grunde gelegt wurde [23]. Der Assisenhof und die Geschwornen können daher nur über die ihnen vorgelegte Anklage urtheilen; sprechen dann die Geschwornen ihr Nichtschuldig aus, so kann sich dies nur auf das, was ihnen vorgelegt ist und worüber allein sie zu entscheiden berufen waren, beziehen, und nur dies Urtheil kann rechtskräftig werden.

---

23) *Code art. 271.*

7) Nach art. 379 des Code soll, wenn sich im Laufe der Verhandluugen ergiebt, daß der Angeklagte anderer Verbrechen als der, welcher er angeklagt ist, beschuldigt wird und diese eine schwerere Strafe verdienen, als die bisher abzuurtheilenden Verbrechen, die Verschiebung der Vollstreckung des Urtheils verfügen, bis über die neuern Verbrechen geurtheilt ist. Man leitet daraus, so wie aus art. 371 den Willen des Gesetzgebers ab, daß neue Verbrechen nicht unverfolgt bleiben sollen.

8) Vorzüglich berufen sich der französische, belgische und preußische Cassationshof darauf, daß die Ansicht von der Rechtskraft mit dem Systeme von der Fragestellung an die Geschwornen zusammenhänge, und daher aus den unter der Herrschaft des Code vom Brumaire ergangenen Rechtssprüchen kein Schluß auf den jetzigen Rechtszustand abgeleitet werden dürfe. Man sucht zu zeigen, daß nach dem Code vom Brumaire (art. 374. 379) die verschiedenen Fragen um das Daseyn der verbrecherischen Handlung, um die Moralität derselben, um die einzelnen Umstände des Verbrechens gestellt werden mußten. Die Geschwornen konnten von dem Präsidenten um einzelne auch in der Anklageschrift nicht angegebene Umstände befragt werden, wenn sie auch den ganzen rechtlichen Charakter des Verbrechens änderten, das auf die verübte Handlung gebaut war. Wenn nun die Geschwornen ganz allgemein das non coupable aussprachen, so erschien dieser Ausspruch als ein allgemeiner und alle möglichen Fragen über die verbrecherische Natur der Handlung, welche Gegenstand der Anklage war, umfassende Entscheidung, so daß dann jede weitere Verfolgung (criminelle und correctionelle) wegen der in Frage stehenden Handlung abgeschnitten war. Die Geschwornen waren berufen, alle möglichen Beziehungen der Handlung zu den Strafgesetzen zu prüfen. Der Code *von 1810* soll aber nach der Ansicht des französischen

Cassationshofes dies System völlig geändert haben; denn die Geschwornen werden nach art. 337 Code nur über eine Frage, die aus der Anklageschrift hervorgeht, befragt; daher entscheiden sie auch nur darüber: ob die bestimmte Anklage begründet ist; denn über andere Umstände, die nicht in der Anklageschrift hervorgehoben waren und welche der Handlung eine andere rechtliche Charakterisirung geben konnten, als worüber die Anklage erhoben war, wurden die Geschwornen nicht gefragt, daher auch ihr Wahrspruch darauf nicht bezogen werden kann. In Ansehung der neuen Anschuldigung, welche die Handlung unter ein ganz anderes Strafgesetz als bisher stellt und anders charakterisirt, also andere Interessen der bürgerlichen Gesellschaft in Bezug auf Strafverfolgung geltend macht, kann der Angeklagte sich weder auf einen Wahrspruch der Geschwornen noch auf eine Entscheidung des Assisenhofes berufen.

Wenn wir auch das Gewicht dieser Gründe nicht verkennen, so sprechen dennoch überwiegende Gründe dafür, die Ansicht aufzustellen, daß der einmal von den Geschwornen als Nichtschuldig Erklärte wegen der Thatsachen, welche die vorige Anklage begründeten, nicht wieder vor Gericht gestellt werden kann, wenn auch jene Thatsachen bei der neuen Anklage unter einen anderen strafrechtlichen Gesichtspunkt gestellt werden, als dies bei der ersten Anklage geschah.

1) Diese Ansicht wird schon dadurch begründet, daß man berechtigt ist, überall wo in einem neuen Gesetze ein Gesetzgeber gewisse Ausdrücke in der bisherigen Gesetzgebung in einem bestimmten Sinne und mit der Absicht, gewisse rechtliche Wirkungen daran zu knüpfen, gebraucht, auch anzunehmen, daß er der Worte in dem bisher damit verbundenen Sinne sich bedienen wollte. Die Bürger wie der Richter sind berechtigt, den ihnen bisher durch die Rechtsübung bekannt gewordenen Sinn den gesetzlichen

Worten unterzulegen und nicht ein Schwanken des Gesetzgebers zu vermuthen, so daß wenn der Gesetzgeber eine abweichende Ansicht mit den bisherigen Ausdrücken verbinden wollte, er verpflichtet gewesen wäre, seinen Willen deutlich auszusprechen. Die obige geschichtliche Nachweisung wird aber gezeigt haben, daß die Worte des art. 360 vorzüglich der Ausdruck: le même fait, schon in den früheren Gesetzen vorkamen und nach einer von dem Cassationshofe anerkannten Ansicht in dem umfassendsten, dem Angeklagten günstigsten Sinne verstanden wurden. Es war als der entschiedene Wille des Gesetzgebers angenommen, daß die nämliche Handlung nur einer einmaligen Strafverfolgung Raum gebe. Es folgt dies aus dem Grundsatze der Unumstößlichkeit des Wahrspruchs, und aus den im englischen [24]) und nordamerikanischen [25]) Rechte als ein wesentliches Grundrecht jedes Bürgers ausgesprochenen Grundsatze, daß Niemand genöthigt werden soll, zweimal die Gefahr des Lebens in einem Strafprozesse zu bestehen [26]), oder mit andern Worten, die Leiden und Unannehmlichkeiten, welche eine Criminalanklage unvermeidlich für jeden Angeklagten mehr oder minder nach sich zieht, wegen der nämlichen Handlung zu erdulden. Was nützt alle Rechtskraft und die scheinbar freisinnige im art. 360 ausgesprochene Schutzwehr dem Freigesprochenen, wenn er, nachdem er vielleicht ein Jahr lang im Kerker wegen einer auf Hochverrath gerichteten Anklage schmach-

---

24) Stephen summary of the criminal law p. 288 eight report on criminal law p. 118. 119 und fifth report von 1849. p. 92.

25) Davis treatise on criminal law p. 444, und Code of criminal procedure of the staate of Newyork 1850. p. 9.

26) Dieser Satz findet sich schon in Staundford pleas of the crown chap. 36, und findet sich in der nordamerikanischen Verfassung in den Amendments art. 5.

tete, zahllose Entbehrungen erduldete, Tage lang in furchtbarer Angst und Spannung wegen des Ausgangs des Prozesses während der Verhandlung schwebte, endlich als nichtschuldig erklärt ist und in einigen Wochen wegen der nämlichen Handlung und Aeußerung als Majestätsbeleidiger verfolgt, und wenn er davon freigesprochen wird, wieder wegen Aufforderung zum Aufruhr und am Ende noch einmal wegen Erregung des Hasses und der Verachtung gegen die Regierung verfolgt werden kann? Eine solche Justiz, welche durch diplomatisch schlau abgefaßte Gesetze und durch die Masse der Ausnahmen die Regel zerstört, ist nicht geeignet, Achtung einzuflößen und der Volksmoral zu entsprechen [27]).

2) Es liegt aber auch im Wesen der Schwurgerichte, daß die Geschwornen die That mit allen ihren Modificationen und Beziehungen auffassen, und in dem allgemein gefaßten Wahrspruch: nichtschuldig, liegt auch die Erklärung, daß der Angeklagte wegen der Handlung, die den Gegenstand der Anklage bildete, nicht weiter gerichtlich verfolgt werden soll. In der Voruntersuchung, welche durch eine ihrer Erscheinung nach strafbare Handlung veranlaßt wird, prüft der Untersuchungsrichter, der Staatsanwalt und die Rathskammer die Handlung nach allen ihren möglichen strafrechtlichen Gesichtspunkten, und erforscht alle Thatsachen, die für die rechtliche Beurtheilung der Handlung wichtig werden können. Wie häufig ist es höchst streitig, ob eine Handlung Fälschung, oder Betrug, oder Mißbrauch eines Blankets ist, oder ob in einer Handlung Mord oder Todtschlag, oder fahrlässige durch absichtliche Körperverletzung bestimmte Tödtung oder eine Fahrlässigkeit liegt. Nach einer in allen diesen Beziehungen geführ-

---

27) Dies wurde in den belgischen Verhandlungen (Annales parlament. p. 943) von Destriveau gut hervorgehoben.

ten Voruntersuchung entscheidet nun die Anklagekammer in Erwägung aller Umstände und mit Berücksichtigung des öffentlichen Interesse, daß der Angeschuldigte z. B. wegen Fälschung, oder wegen Todtschlags angeklagt werden soll. Das Verweisungsurtheil bindet den Staatsanwalt bei der Stellung der Anklage. Er legt die Handlung nun mit allen ihren Nebenumständen den Geschwornen vor; die Verhandlung richtet sich auf die Ausmittelung derselben. Die Anklagekammer hatte bereits alle strafrechtlichen Beziehungen der That erwogen, und indem sie fand, daß die That als Fälschung verfolgt werden soll, die übrigen möglicher Weise vorhandenen Beziehungen z. B. des Betrugs oder Mißbrauchs des Blanketts durch das Urtheil beseitigt, entweder weil sie die darauf bezüglichen Thatsachen nicht genügend erwiesen oder andere Vergehen nicht begründet fand. Die Geschwornen beurtheilen nun den ihnen mit allen Nebenumständen vorgelegten Fall, und Jeder, welcher genauer mit dem Gange schwurgerichtlicher Berathungen bekannt ist, weiß, wie bei jener Berathung die That nach allen ihren Gesichtspunkten besprochen wird, wie häufig ein Geschworner z. B. bei Anklagen wegen Tödtung für das Schuldig stimmt, weil ihm die Handlung doch eine fahrlässige Tödtung, ein Andrer, weil sie ihm als Ausfluß höchster Rohheit oder des Muthwillens, ein Dritter, weil sie ihm als fahrläsige Tödtung durch absichtliche Körperverletzung erscheint; kommt es nun zur Abstimmung und erfolgt das Nichtschuldig, so darf man annehmen, daß es der Wille der Mehrheit der Geschwornen war, daß der Angeschuldigte in keiner Beziehung wegen der Tödtung als schuldig erklärt und bestraft werde.

3) Auch in einer andern Rücksicht folgt aus dem Wesen der Schwurgerichte, daß ihr auf Nichtschuldig lautender Ausspruch so ausgelegt werden muß, daß der Angeklagte wegen der Handlung, worauf die Anklage ging, nicht zur

Rechenschaft gezogen werden soll. Die Geschwornen geben nämlich keine Gründe ihres Wahrspruchs an; man weiß, daß der Wahrspruch der Nichtschuld aus höchst verschiedenartigen Gründen sich erklärt: ein Geschworner spricht das Nichtschuldig aus, weil das neugeborne Kind nicht lebendig war; ein Andrer deswegen, weil er dem Arzte A vertraut, welcher ausspricht, daß das Kind natürlichen Todes ohne Zuthun der Mutter gestorben ist; ein Dritter, weil er annimmt, daß die Gebährende an einer Seelenstörung gelitten; ein Vierter, weil er überzeugt ist, daß sie in Bewußtlosigkeit lange Zeit gelegen; ein Fünfter, weil er nicht findet, daß die Gebährende eine Sorgfalt, die von ihr verlangt werden konnte, unterlassen habe. Wenn nun der Wahrspruch der Nichtschuld erfolgt: wer ist berechtigt, die Geschwornen um ihre Gründe zu fragen oder willkürlich einen Grund, der sie bewog, als wahrscheinlich hervorzuheben, und den allgemeinen Ausspruch, daß die Angeklagte wegen der bei der Geburt ihres Kindes vorgekommenen Handlungen und Unterlassungen nicht schuldig und nicht strafbar ist, so auszulegen, daß sie in der Folge doch wegen fahrlässiger Tödtung gerichtlich verfolgt und bestraft werden kann? Giebt man eine solche Verfolgung zu, so verletzt man den Grundsatz der schwurgerichtlichen Urtheilsfällung, indem man willkürlich dem Ausspruch der Nichtschuld eine den Gründen der Mehrheit der Geschwornen fremde Deutung unterlegt. Diese Mehrheit hat vielleicht die Angeklagte schon deswegen nicht schuldig erkannt, weil die gewichtige Ausführung des allgemein geachteten Arztes von der Trüglichkeit der Lungenprobe überzeugte, daß das Kind der Angeklagten nicht außer Mutterleib lebte [28]); dennoch wagt man die auf diesen

---

28) Z. B. in dem merkwürdigen Rechtsfalle, welcher (nach den gedruckten Verhandlungen des Schwurgerichtshofs von Oberbaiern 1849. I. Bd. Nr. I.) gegen Aloisia in München verhandelt wurde.

Grund hin von den Geschwornen nicht schuldig erkannte Angeklagte später wegen angeblicher fahrlässiger Tödtung des Kindes vor Gericht zu stellen und ein vielfach störendes Verhältniß herbeizuführen, in welchem das über die zweite Anschuldigung urtheilende Gericht das unmittelbare Gegentheil von demjenigen erkennt, was die Geschwornen aussprachen. Wie kann man z. B. von fahrlässiger Tödtung des Kindes sprechen, wenn nicht gewiß ist, daß das Kind außer Mutterleibe lebte? Es kann nun leicht sein, daß die correctionellen Richter das Leben des Kindes als gewiß annehmen und Strafe aussprechen, während die Geschwornen, weil sie das Gegentheil annahmen, die Angeklagte nicht schuldig erkannten. Ein solcher Widerspruch, welcher den Ausspruch der Geschwornen vernichtet oder die Wirkungen desselben beschränkt, verletzt die Würde des Schwurgerichts [29]), spricht der Rechtskraft Hohn und erweckt um so mehr Mißtrauen gegen die Justiz des Staats, als das Verhältniß der nur aus drei Staatsrichtern bestehenden Zuchtpolizeigerichte zum Volksgerichte in der allgemeinen Meinung leicht so aufgefaßt wird, daß die Regierung in unersättlichem Streben einen bestimmten Angeklagten schuldig finden zu lassen, durch die Auslegung des art. 360 des Code ein willkommenes Mittel findet, endlich durch die angestellten Richter den Zweck zu erreichen, welchen sie durch die Volksrichter nicht erreichen konnte. Verhältnisse dieser Art, doppelt gefährlich, wenn in politischen Untersuchungen die immer erneuerten Verfolgungen gegen den Freigesprochenen die begünstigende Auslegung des Gesetzes von der Rechtskraft angewendet wird, sind nicht geeignet, dem Richterstande die hohe Achtung und das allgemeine Vertrauen zu sichern, das er in England und Amerika genießt und das ihm den großen und wohlthätigen Einfluß auf die Geschwornen möglich macht.

---

29) *Hélie traité* III. p. 613.

4) Es ist nicht schwer, zu zeigen, daß selbst die wörtliche Auslegung des Ausdrucks: même fait, darauf führt, die wegen Kindesmords angeklagte und nicht schuldig erklärte Person nicht noch einer Anklage wegen fahrlässiger Tödtung zu unterwerfen; denn immer sind es die nämlichen Thatsachen, welche in der ersten wie in der zweiten Anklage und Verhandlung vorliegen. Wer kann läugnen, daß in der Untersuchung über Kindesmord das ganze Benehmen der Angeschuldigten während der Schwangerschaft und Geburt, die Reihe aller ihrer Handlungen und Unterlassungen, alle Thatsachen, woraus sich das Leben und die Lebensfähigkeit des Kindes ergeben sollen, in der Verhandlung vorkommen? Der Unterschied liegt nur darin, daß bei der ersten Anklage wegen Kindesmords der Ankläger aus diesen Thatsachen die mörderische Absicht abzuleiten und zu erweisen sucht, während er in der Anklage über fahrlässige Tödtung die nämlichen Thatsachen dazu benutzt, um darzuthun, daß der Angeklagten wenigstens Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann. Es sind daher die nämlichen Thatsachen, auf welche die verschiedenen Anklagen gebaut werden; nur werden einige Thatsachen, die bei der ersten besonders wichtig waren, bei der zweiten weggelassen, während der Ankläger bei der letzten wieder andere mehr hervorhebt und die That unter verschiedene strafrechtliche Gesichtspunkte stellt.

5) Eine große Selbsttäuschung scheint uns vorzuliegen, wenn man aus dem Systeme der Fragestellung, das nach dem Code vom Brumaire galt, eine andere Auslegung des art. 360 ableiten will, als sie jetzt nach dem System des Code von 1810 sich rechtfertigen soll. Es ist allerdings eine Verschiedenheit vorhanden; während nach dem Code vom Brumaire der Präsident eine Reihe von *Fragen stellen* und die Anklage in viele einzelne Fragen *auflösen mußte*, schreibt der art. 337 des Code, um die

einst vorhandene, die Auffassung durch die Geschwornen erschwerende Zersplitterung zu beseitigen und die Fragestellung zu vereinfachen, nur eine allgemein gefaßte der Anklageakte anpassende Fragestellung vor; allein Jeder, der die französische Rechtsübung kennt, weiß auch, daß der Präsident volle Freiheit hat [30]), auch einzelne Fragen zu stellen, und zwar selbst die Frage auf einzelne Thatsachen und Merkmale zu richten [31]), oder subsidiäre Fragen zu stellen, z. B. bei Kindesmord, wo oft nach der ersten Frage über absichtlichen Kindesmord die eventuelle Frage beigefügt wird, die sich auf die fahrlässige Tödtung bezieht, oder auf das Daseyn der Seelenstörung eine besondere Frage zu richten. Selbst in art. 338 des Code wird der Assisenhof ermächtigt, auch Strafe auszusprechen, die an sich nicht in der Competenz des Assisenhofes liegt, also auch bei Anklage auf ein crime die Strafe eines délit auszusprechen. — Auch die Vorschriften der neuen deutschen Strafprozeßordnungen [32]), die sich an die französische Rechtsübung anschließen, erkennen das Recht des Präsidenten an, einzelne und insbesondere auch subsidiäre Fragen zu stellen. Man darf auch nicht verschweigen, welche Bewandtniß es in der Praxis mit diesen subsidiären Fragen hat, wie insbesondere oft der Staatsanwalt absichtlich gegen die Stellung der eventuellen Frage sich erklärt und der Präsident ihre Stellung unterläßt, weil man (oft nicht ohne Grund) besorgt, daß die Geschwornen in der bejahenden Antwort dieser Frage einen guten Ausweg erblicken, durch Verneinung der Hauptfrage Milde zu üben, die durch die häufig zu strengen Strafen nöthig scheint,

30) Hélie traité III. p. 603.

31) Z. B. bei Kindesmord, ob das Kind außer Mutterleibe lebte.

32) Baier. Gesetz von 1848. §. 174. Oesterreich. Strafprozeß-Ordn. von 1850. §. 328.

welche als Folgen der bejahenden Beantwortung der Hauptfrage ausgesprochen werden mußten. Es muß aber auch bemerkt werden, daß oft die Vertheidiger sich gegen Stellung subsidiärer Fragen erklären, weil sie wissen, daß die Geschwornen in der Zwangslage, wenn nur eine Frage gestellt wird, lieber das Nichtschuldig aussprechen werden, während sie die eventuelle Frage bejaht haben würden. Indem wir nun annehmen, daß im Wesentlichen das dem Code vom Brumaire zum Grunde liegende System der Fragestellung im jetzigen Code nicht abgeändert ist, müssen wir aussprechen, daß davon: ob einzelne Fragen, insbesondere subsidiäre Fragen gestellt wurden oder nicht, in Bezug auf die Auslegung des art. 360 nichts abhangen darf, und daß, wenn keine solche Frage gestellt wurde, der allgemeine Wahrspruch der Nichtschuld nicht blos die in der Anklageakte enthaltene Anklage, sondern jede weitere Anklage wegen der nämlichen Handlungen tilgt, indem diesen Anschuldigungen durch den Wahrspruch jede thatsächliche Grundlage entzogen ist [33]).

6) Wir finden eine Bestätigung der bisher vertheidigten Ansicht auch in art. 361 des Code, indem da, wo sich aus den Verhandlungen Beweise ergeben, daß der Angeklagte aura été inculpé par un autre fait, der Präsident, nachdem er die Lossprechung von der Anklage erklärt hat, aussprechen soll, daß der Angeklagte wegen der neuen Handlung vor Gericht gestellt werden soll, jedoch nur, wenn vor dem Schlusse der Debatten die Staatsbehörde wegen der neuen Verfolgung Vorbehalt gemacht hatte. Man sieht daraus den Willen des Gesetzgebers, daß da, wo kein solcher Vorbehalt gemacht wurde, keine neue Verfolgung Statt

33) Hélie p. 601.

finden soll, indem dann jede weitere Anklage wegen der Handlung ausgeschlossen ist [34]).

Wenn wir bisher die Auslegung des art. 360 in dem Sinne vertheidigten, daß der Freigesprochene gegen jede neue Verfolgung geschützt werden muß, welche sich auf die nämliche Handlung, welche den Gegenstand der vorigen Anklage bildete, entweder dadurch gründet, daß eine neue Verfolgung einzelner Bestandtheile der vorher verfolgten Handlung für sich oder in Verbindung mit anderen Thatsachen unter ein Strafgesetz stellt, als worauf die vorige Anklage ging, so wenden wir diesen Satz auch an auf die Fälle, wo der Freigesprochene wegen der nämlichen Handlung disciplinarisch verfolgt werden soll. Der französische Cassationshof hat in einem Rechtsspruche [35]) eine solche Verfolgung nur unter der Bedingung zugelassen, que l'action disciplinaire ne remettra point en question les caractères legaux souverainement déterminés par une décision judiciaire, et qu'elle se bornera à l'appréciation de ses faits dégagés de la qualification légale, de laquelle ils ont été purgés [36]). Wenn darnach ein Advokat, welcher angeklagt war, Wahlzettel verfälscht zu haben, freigesprochen wurde und nun wegen der

---

34) Zuweilen geschieht es, daß in der ordonnance des Bezirksgerichts der Vorbehalt wegen der späteren Verfolgung des Angeschuldigten aus dem Grunde eines andern Vergehens gemacht wird. Auf einen solchen Fall (ob A wegen Schläge, die er einem Gensdarmen zufügte, angeklagt wurde, dann nicht schuldig erkannt und später wegen Rebellion vor das Zuchtpolizeigericht gestellt wird) deutet ein Arrêt des Cassationshofes vom 3. Avril 1847 (im Journal du droit criminel 1847. p. 135), wo der Hof die Verfolgung zuließ, in besonderer Erwägung, daß ein Vorbehalt gemacht war.

35) vom 21. Août 1849, im Journal du droit criminel 1850 pag. 13.

36) Diese Ansicht schließt sich ganz an die treffliche Darstellung von Morin in seinem Werke: sur la discipline judiciaire II. nr. 676 — 680 an.

durch sein damaliges Betragen bezeigten Unwürdigkeit disciplinar verfolgt werden soll, so ist dies ebenso wenig zulässig, als wenn ein Beamter, der des Hochverraths angeklagt und losgesprochen war, deswegen, daß er sich durch sein Benehmen des allgemeinen Vertrauens unwürdig gemacht habe, disciplinar verfolgt werden soll; in beiden Fällen hat das rechtskräftige Urtheil den Thatsachen, worauf die neue Verfolgung gebaut werden soll, die verbrecherische Eigenschaft entzogen.

Mit Unrecht würde man der bisher vertheidigten Ansicht den Vorwurf machen, daß sie der Staatsgewalt die nothwendigen Mittel der Verfolgung schuldiger Personen auf eine bedenkliche Art beschränke und zu sehr den Schuldigen begünstige. Wir möchten durch unsere Ausführung zu einem solchen Zustande nicht beitragen. Es ist aber auch keine Gefahr vorhanden, wenn nur die Gesetzgebung entweder das englische System [37]) in Bezug auf die Ermächtigung der Geschwornen bei ihrem Wahrspruche annimmt, oder wenn sie sich an das französische System der Fragestellung anschließt, dafür sorgt, daß theils bei der Stellung der Anklage auch die eventuellen strafrechtlichen Gesichtspunkte berücksichtigt werden, z. B. wenn der Anklage des Mordes die eventuelle Anklage des Todtschlages oder der fahrlässigen Tödtung beigefügt wird, theils die Verhandlung vom Staatsanwalt auch auf die eventuellen Gesichtspunkte gerichtet und zuletzt die eventuellen Fragen z. B. wegen der fahrlässigen Tödtung gestellt werden. Geschieht dies, so werden die Interessen der bürgerlichen Gesellschaft und des Angeklagten hinreichend gewahrt.

Wir wollen aber auch die Auslegung des art. 360 nicht auf eine Weise ausdehnen, daß die neue gericht-

---

37) Wir werden davon in einem besondern Aufsatze handeln.

liche Verfolgung da gehindert würde, wo sie zwar einige Beziehung auf die in der vorigen Untersuchung zum Gegenstande der Anklage gemachte Handlung hat, aber auf andere Thatsachen gerichtet ist. So oft die weiter verfolgten Thatsachen nur accessorische Umstände der zuerst verfolgten Handlung waren, oder nur die der Anklage wegen des früheren Verbrechens vorausgegangene Wiederholung des nämlichen Verbrechens sind, oder mit der zuerst verfolgten Handlung ein untrennbares Ganzes ausmachen, kann keine neue Anklage Statt finden [38]). Jemand war wegen Tödtung, nach welcher der Angeklagte Diebstahl verübt haben soll, angeklagt und von den Geschwornen freigesprochen; als er in der Folge nur wegen des Diebstahls verfolgt wurde, erkannte der Cassationshof dies als zulässig an [39]); mit Recht tadelt Hélie [40]) diese Ansicht, weil der Diebstahl ein Element der früheren Anklage, eine accessorische Thatsache, welche die Strafbarkeit der Tödtung (wegen der dann eintretenden Todesstrafe) erhöhte und weil zur Entscheidung des Assisenhofes auch der Diebstahl gelangte, daher als durch den Wahrspruch der Nichtschuld als getilgt erscheinend nicht wieder verfolgt werden kann. Wenn dagegen ein Notar wegen verübter Fälschung bei einer Steigerung als nichtschuldig erklärt, und später wegen der im Gesetze als strafbar erklärten persönlichen Betheiligung bei der ihm vom Gericht übertragenen Steigerung angeklagt und dies zugelassen wurde [41]), so billigen wir diese Entscheidung ebenso als diejenige, welche den wegen betrüglichen Bankerutts Verfolgten und Losgesprochenen später

38) Dies ist die von Helie vertheidigte Ansicht vol. III. p. 583.

39) Arrêt vom 8. Nov. 1838.

40) Hélie III. p. 586.

41) *Arrêt vom* 28. Dec. 1816.

wegen einfachen Bankerutts (wegen unrichtiger Führung der Bücher) anschuldigt [41]; oder wenn Jemand der Verhehlung von gestohlenen Sachen angeklagt und freigesprochen wurde, später angeklagt wird wegen der später verübten Verhehlung anderer bei dem nämlichen Diebstahl gestohlener Sachen [42]).

---

41) Arrêt vom 7. Juin 1845.

42) Mehrere Arrêts in Hélie p. 580.

XXI.

Die Strafrechtswissenschaft
und die Anforderungen
an eine neue Strafgesetzgebung.

Von

Abegg.

(Fortsetzung von Nr. VII. im zweiten Hefte.) *)

In den früheren Abhandlungen über den in der Ueberschrift bezeichneten Gegenstand war die Rede gewesen von den die besondern Verbrechen betreffenden gesetzlichen Bestimmungen, welche bei den veränderten Verhältnissen gefordert würden, d. h. insbesondere, welche bisher in den Strafgesetzbüchern für Verbrechen erklärte Handlungen auch ferner als solche und in der frühern Weise der rechtlichen Auffassung, oder in einer nothwendig gewordenen Veränderung hinsichtlich des Begriffs des Thatbestandes und der unterzustellenden Fälle beizubehalten, welche derselben auszuscheiden wären: derselben Betrachtung sind die Strafen und Strafarten unterworfen worden. Als Grundlage für beides, welches nach der geschichtlichen und politischen Natur des positiven Rechts in einem ge-

*) woselbst die Nr. VII aus Versehen als Beschluß, statt als Fortsetzung von Nr. III. im vorhergehenden Hefte bezeichnet ist.

wissen Grade wandelbar, den Einflüssen der Zeit und Volksansicht und Bildung, und allen den hiebei zu berücksichtigenden Elementen unterworfen ist, mußte das Unwandelbare und als Princip das Recht und die Gerechtigkeit festgehalten werden. Dies ist näher ausgeführt und nachgewiesen worden, wenn gleich nach dem Plane der Untersuchung mehr im Allgemeinen, und so, daß die Anwendung auf eine besondere Gesetzgebung für ein bestimmes Land sich als eine nicht überall bis ins Einzelne ausgeführte Folgerung ergab. Es hat sich bestätigt, was auch sonst ausgesprochen worden, daß, gegenüber den oft ungemessenen Forderungen einer durchgängigen Umgestaltung des Strafaktes und einer gleichsam ganz von Neuem auf einer bisher nicht erkannten, oder sey es aus bösem Willen und Eigensucht oder aus Irrthum verkannten Grundlage ihr Werk beginnenden Gesetzgebung mit überraschenden Schöpfungen, vielmehr das Meiste als wohl berechtigt beizubehalten sey, wenn auch mit nothwendigen Veränderungen. In der That, es hieße Verzicht leisten auf die Wahrheit eines in der Geschichte, auch der Bildung und des Gedankens Statt findenden Zusammenhanges der auf einander folgenden Perioden und ihrer Ergebnisse, des Fortschritts, oder jene Wahrheit selbst läugnen und an ihre Stelle das dem Augenblick angehörige Werk des Zufalls und der Willkühr setzen, wollte man den reichen Gewinn, den Wissenschaft und Erfahrung zu Tage gefördert, für nichts achten, oder weil er in der Vergangenheit wurzelt, als der Gegenwart nicht angehörig betrachten. Es bedarf doch wohl nicht immer der wiederholten Erklärung, daß diese Wahrheit nicht nur mit der eigenthümlichen Berechtigung und der richtig verstandenen Selbstständigkeit der Gegenwart völlig vereinbar, sondern auch allein im Stande sey, das Recht der letztern gehörig zu begründen.

Für eine Fortsetzung der Betrachtung hatte ich zunächst das Verhältniß von Verbrechen und Strafe vorbehalten: ich knüpfe an das Vorausgeschickte an, indem ich auf der früheren Grundlage die übrigen Theile der Aufgabe zu lösen versuche.

Verbrechen und Strafe sind bekanntlich einander entsprechende und wechselseitig voraussetzende (s. g. correlative) Begriffe: die Bezeichnung des erstern als einer das Strafgesetz übertretenden oder strafbaren Handlung drückt dies gemeinverständlich aus [1]). Ohne die Eigenschaft der Strafbarkeit ist die, selbst rechts- und gesetzwidrige, Handlung kein Verbrechen, und wiederum nicht strafbar, wo sie nicht Verbrechen wäre. Hierin liegt der Unterschied und die Grenze von andern zu ahndenden oder sonst auszugleichenden Widerrechtlichkeiten und von Entgegensetzungen der Subjectivität gegen das Objective in andern Gebieten, als dem des Rechts. Jenen Satz der gegenseitigen Bezeichnung der Begriffe von Verbrechen und Strafe, welche vielmehr nur verschiedene Seiten eines Begriffes sind, kann man gelten lassen, ohne hier in die Streitfrage einzugehen, ob überall ein ausdrückliches Gesetz erforderlich sey, welches gewisse Handlungen für Verbrechen (oder Vergehen) erkläre und dieselben mit Strafe bedrohe, ob eine ausdehnende und analoge Anwendung des Gesetzes oder sogar des anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsatzes innerhalb einer bestimmten Strafgesetzgebung gestattet werden dürfe (s. g. Gesetzes- und Rechts-Analogie) [2]).

---

1) Daher auch für die Anwendung sich dies als praktische Forderung so darstellt: Kein Verbrechen ohne Strafe und keine Strafe ohne Verbrechen.

2) Für das gemeine Recht muß man, wie ich glaube, nach der Beschaffenheit seiner Quellen und dem ganzen geschichtlichen Bildungsgange desselben jene Fragen bejahen, und man

Aber diese beiden verbundenen oder in der Einheit enthaltenen Seiten, Verbrechen und Strafe, treten in der Erscheinung, und der Zeit nach, eben so wie in den Organen (wenn man diesen Ausdruck hier brauchen darf), durch welche sie in die concrete Wirklichkeit gesetzt werden, getrennt und jedes für sich hervor. Der Gesetzesübertreter begeht das Verbrechen, welches somit seinen Ausgangspunkt in der Subjectivität des für sich, gegen das Gesetz sich behauptenden, besondern Willens hat; der Staat, mittelst der Rechtspflege durch das Gericht, erkennt und verhängt, nach geführter rechtlicher Untersuchung, die Strafe und macht in der Vollziehung des Urtheils den objectiven, im Gesetze ausgesprochenen Willen gegen den widerstrebenden subjectiven geltend. Aber nur scheinbar sind es, dieser Trennung ungeachtet, verschiedene heterogene Wirklichkeiten, die hier im Urtheile mittelst des Schlusses aneinander gebracht und verbunden werden. Das dritte, in welchem sie gleichartig gesetzt sind, der Werth, wird nachher näher zu be-

kann es ohne Gefahr dadurch der möglichen richterlichen Willkühr ein zu weit gehendes bedenkliches Zugeständniß zu machen: hier kann die Regel nulla poena (und nullum crimen) sine lege nicht in dem beschränkten Sinn, daß grade dieser Fall durch ein Strafgesetz vorgesehen seyn müsse, genommen werden, wie in den neuern Gesetzbüchern, insbesondere in den s. g. constitutionellen Staaten. Bei diesen machen rechtliche und politische Gründe es nothwendig, überall ausreichende, aber auch durch das constitutionelle Princip gebotene beschränkende Bestimmungen aufzustellen, und vollends wo ein Anklageverfahren mit Schwurgericht Statt findet, wird ein ausdrückliches Strafgesetz nicht entbehrt werden können, und ohne dieses von einer strafrechtlichen Verfolgung im Zweifel abzustehen, und wo sie dennoch eintrat, die dann erfolgende Freisprechung nicht zu mißbilligen seyn. Selbst ohne solche ihre Geltung behauptenden Gründe hat man in neuern Gesetzgebungen dies anerkannt, obschon nicht ohne einiges Schwanken hinsichtlich des Umfangs und der Grenzen, in welchen das Erforderniß eines ausdrücklichen Strafgesetzes bestehen sollte.

trachten seyn. Hier aber muß schon bemerkt werden, daß sie, wie im Begriff, so auch in der Erfahrung und im gemeinen Bewußtseyn in ihrem wesentlichen Zusammenhange erkannt, in ihrer Einheit empfunden werden. Es ist die Aufgabe der Wissenschaft, diese zu begreifen und in ihrer Vernünftigkeit aufzuzeigen, wo denn allerdings die speculative Auffassung des solchergestalt Getrennten, als Einheit, nicht ohne Schwierigkeit ist. In sofern dies, obschon dem Gebiet des Rechts angehörig, doch aber nur diesem als Wissenschaft, also in einer weitern Bedeutung, kann man es bezeichnen als das logische und bestimmter das dialektische Moment des Begriffs und damit auf die Wissenschaft verweisen, aus welcher die Begründung vorausgesetzt oder entlehnt wird; aber wir wollen uns mit dieser Andeutung begnügen und nicht weiter, als hier unerläßlich ist, in andre Gebiete eingehen.

Wenn von einem Verhältniß zwischen Verbrechen und Strafe, und zwar als einem rechtlichen, die Rede ist, so sind durch das richtige Verständniß dieser Ausdrücke sofort eine Reihe von Folgerungen aus dem Grundsatze der Gerechtigkeit gegeben, und andere damit unvereinbare ausgeschlossen, die hier nur kurz angedeutet zu werden brauchen, da nicht deren Ausführung, sondern dies unsere Aufgabe ist, zu zeigen, was als längst erkannte Wahrheit auch ferner zu gelten oder jetzt wenigstens zu der ihr nicht selten versagten Geltung zu gelangen Anspruch hat. Es liegt in der Forderung der Verhältnißmäßigkeit der Strafe zu dem Verbrechen, der Angemessenheit der Gegenwirkung wider die sich geoffenbart habende Schuld, nicht nur im Allgemeinen so etwas von einem gewissen Maaße und einzuhaltender Grenze, wie es schon nach einem unbestimmten Gefühle der Billigkeit bedingt erscheint, sondern die Anerkennung, daß die Strafe auf das Begangene, als Vergangenes, sich beziehen solle,

also nicht als Mittel zu einem zu erstrebenden Künftigen, was als Zweck gedacht ist, z. B. der Abschreckung, Besserung, Zuvorkommung, gebraucht werden dürfe. Es liegt darin ferner oder zugleich, daß — indem das geforderte Verhältniß nicht ein blos willkührlich angenommenes, sondern ein durch die Sache gegebenes d. h. eben das Entsprechende seyn solle — das Maaß der Strafe nur aus der Schuld, wie sich diese in der Handlung des Uebertreters zu erkennen gegeben hat, also aus dem Verbrechen in seiner besondern Erscheinung entnommen werden solle. Nicht von Außen her, durch Rücksichten, die der zu beurtheilenden Handlung fremd sind, durch Umstände und Erwägungen, die außerhalb der Verantwortlichkeit des Schuldigen liegen, darf die Strafe bestimmt werden. Demzufolge sind alle die Ausartungen einer ungerechtfertigten Strenge ausgeschlossen, zu denen man früher von dem Princip der Abschreckung — sey es der äußerlichen mittelst Vollziehung harter und grausamer Strafen, sey es der psychologischen durch Androhung schwerer Ahndungen — gelangt war, und vor denen sich selbst die Gesetzgebungen der neuesten Zeit nicht ganz fern zu halten vermocht haben [3]), obschon solche den Grundsatz der Gerechtigkeit — wie er sich denn mit innerer Nothwendigkeit behauptet, — mehr auch ausdrücklich anerkennen [4]), die aber dennoch dem möglichen und nicht bei Seite zu setzenden Erfolg der an sich gerechten Strafe, daß sie unter anderm auch in der einen und andern Weise abschreckend und abhaltend wirke, oft einen weit größern Einfluß eingeräumt haben, als auf Grundlage der nirgends und am wenigsten durch die Rechtsgesetzgebung zu verletzenden Ge-

3) Mittermaier, Die Strafrechtsgesetzgebung in ihrer Fortbildung. Erster Beitrag. Heidelberg 1841. S. 7 fg.

4) S. die erste Abtheilung der gegenwärtigen Abhandlung S. 56 fg.

rechtigkeit gestattet ist [5]). Und diesen Vorwurf müssen wir auch vielfach der Rechtsanwendung machen, die entweder dem schon zum Uebermaaß in der Gesetzgebung sich behauptenden Abschreckungsprincip mehrmals einen verstärkten Einfluß bei der Bemessung der Strafbarkeit nach einem nur theilweise bestimmten Strafgesetze gab, oder vollends, gegen den in der Gesetzgebung ausgesprochenen Grundsatz der Gerechtigkeit, einem andern nach einer beliebigen Theorie, z. B. bei der Abschreckung, Raum ließ. Dies ist oft genug gerügt worden, und es bedarf hier keiner weitern Ausführung, daß der Richter, der nach den Gesetzen Recht sprechen soll, nicht ermächtigt sey, seine möglicherweise abweichende Theorie denselben unterzulegen. Es sind aber nicht minder ausgeschlossen die willkührlich erfundenen Milderungsgründe, die in der früher gemeinen Praxis, und darnach in Lehrbüchern, zum Theil auch in Gesetzgebungen Eingang gefunden haben, wobei übrigens in Betreff einiger die theilweise Berechtigung nicht verkannt werden soll, welche sie bei dem damaligen Zustande der Strafgesetzgebung haben mochten [6]). Die Gerechtigkeit kann aber nur solche gelten lassen, die in der Beschaffenheit der zu beurtheilenden Handlung, oder der hier nicht zu trennenden Individualität — der die Handlung angehört, ihren Grund haben [7]). Erhöhung oder Herabsetzung der Strafe bei der Zumessung innerhalb der durch das Gesetz (als s. g. relativ bestimmtes, oder relativ unbestimmtes) aufgestellten Grenzen — sowie Schärfung

---

5) Meine Strafrechtstheorien ꝛc. S. 55 fg. 170 fg.

6) Nämlich bei deren offenbar hervortretendem Mißverhältnisse zu den gerechten Anforderungen der Zeit, welche sich dann durch ein, wenn gleich nicht überall formell rechtmäßiges Organ, nach dem Gesetze einer innern Nothwendigkeit Geltung zu verschaffen strebten.

7) Meine Abhandlung in diesem Archive Band XIV. S. 155 fg.

und Milderung im engern und technischen Sinn, wodurch über oder unter das gesetzlich angegebene Maaß (es sey daß bei dem s. g. absolut oder dem relativ bestimmten Strafgesetze) gegangen wird, müssen nach dem Grundsatze der Gerechtigkeit erfolgen — und nur nach diesem, welcher, wie ich früher nachzuweisen gesucht habe, auch die übrigen in dem Verbrechen und der Strafe enthaltenen und einander entsprechenden Momente, nach der Seite wo sie eine Berechtigung haben, zu ihrer Geltung gelangen läßt, aber eben hierin ihnen auch die Schranke setzt, über welche hinaus sie sich nur auf Kosten der Gerechtigkeit würden behaupten können [8]).

Die Aufgabe der Gesetzgebung ist hier, wir müssen es einräumen, eine schwierige, aber doch nicht unerreichbare. Das jedenfalls vermögen wir nicht zuzugeben, daß sie unmöglich sey, weil überhaupt die Gerechtigkeit ein Unerreichbares sey. Wäre dem so, wie man mit Berufung auf die Mangelhaftigkeit menschlicher Erkenntniß, auf die unläugbare Schwäche und auf manchfache Hindernisse so oft behauptet hat, hie und da nicht etwa nach vergeblich gemachten Versuchen, sondern um sofort für die Unterlassung derselben und für die Verfolgung anderer Tendenzen eine Entschuldigung bei der Hand zu haben, so würde dennoch daraus nicht folgen, daß nichts Anderes übrig bleibe, als sich nur ohne Weiteres irgend einer Willkühr, oder einer die Stelle des Princips vertretenden Maxime unterzuordnen. Wohl, wir wissen es, daß alles Menschenwerk unvollkommen ist, daß eine absolute Gerechtigkeit hienieden nicht walten kann, wenigstens nicht so weit Menschen und irdische Richter deren bewußte Organe seyn sollen, wir verwechseln nicht die göttliche und die

8) Strafrechtstheorien rc. S. 57 fg.

menschliche Gerechtigkeit [9]); wir haben es sonst schon ausgesprochen, daß die Strafgesetzgebung und Rechtspflege, auch um nur in ihrem verhältnißmäßig beschränkten Gebiete ihre Aufgabe zu lösen, in dem wesentlichen Zusammenhange mit andern sittlichen Potenzen des Staats- und Volks-Lebens erfaßt werden müsse [10]), wir haben uns stets im besondern gegen die der Natur der Sache entsprechende Trennung des Verbundenen und die völlige Losreißung des Rechts von den übrigen Elementen der Gesittung, gegen die verkehrte Ansicht erklärt, den Menschen nur nach der juristischen Seite aufzufassen, da er als Handelnder — immer als ein ganzes in sich selbst eines, wenn auch nicht überall einiges, Wesen zu würdigen ist [11]) — aber folgt aus allem diesem, wodurch wir allerdings die Aufgabe, deren ganze Tiefe und Würdigkeit vorliegt, als eine schwierige — ja wenn man will, in ihrer Vollständigkeit nicht zu lösende darstellen, folgt hieraus, fragen wir, — daß nicht mindestens gestrebt werden müsse, dem Ideal so nahe zu kommen, als es überhaupt und unter den gegebenen Verhältnissen möglich ist? Dürfen wir aus jenen Gründen auf Gerechtigkeit Verzicht leisten und etwas Anderes statt derselben erstreben? Und wäre es der s. g. Nutzen, kann dieser wahrhaft bestehen ohne oder gegen die Gerechtigkeit? [12])

---

9) Roßhirt macht in seinen „zwei Abhandlungen" den Vorwurf, „die Gerechtigkeit zu umarmen, gleichviel ob göttliche oder menschliche." Da, wo er es thut, ist dies ungegründet, — in einem andern Sinn will ich dies als ein Zeugniß gelten lassen, dessen ich mich nicht zu schämen habe.

10) Strafrechtstheorien S. 60 fg. Lehrbuch des Criminal-Prozesses §. 207.

11) Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 80.

12) Vgl. Cicero de offic. II, 3. und III, 21. und meine Abhandlung in den Erlanger Jahrbüchern der jurist. Literatur Bd. XII. Heft 2. S. 121 fg.

Findet aber darüber ein Einverständniß Statt, daß der Forderung der Gerechtigkeit, wie diese überhaupt nur annäherungsweise erreicht werden kann, auf gegebenen Voraussetzungen, geschichtlichen und politischen Bedingungen entsprochen werden soll, so ist damit ein Ausgangspunkt für die weitern Folgerungen aus den Vordersätzen gewonnen, ohne welchen man sich entweder in abstracte Bestimmungen verlieren oder zu dem unhaltbaren Ergebnisse ein für allemal fertiger, angeblich für alle Zeiten und alle Völker geltender Vorschriften gelangen, in beiden Fällen aber die wahrhafte Beschaffenheit und die hierauf beruhende Berechtigung des Concreten und Wirklichen verkennen würde. Diese Wirklichkeit ist zunächst in der Erscheinung Manchfaltigkeit, Verschiedenheit in Voraussetzungen und Folgen, also überhaupt in Verhältnissen — es ist dies die Natur des Geschichtlichen und Positiven. Allein sie ist auch in ihrem Begriffe Einheit, und auf diese, auf den innewohnenden Gedanken, der sich hier ein Daseyn giebt, muß der Reichthum der Erscheinungen zurückgeführt werden. Als solchen Gedanken bezeichnen wir das Gerechte, das Maaß, das Gleiche, welches zufolge eines nothwendigen Gesetzes sich herzustellen sucht. Wo dies nicht unmittelbar geschieht, wo vielmehr, wie bei den entgegengesetzten, störenden, verbrecherischen Handlungen das G e g e n t h e i l, der Bruch in der E r s c h e i n u n g, und als nur s c h e i n b a r e W i r k l i c h k e i t tritt, da muß, weil diese denn doch ein ä u ß e r e s D a s e y n hat, die Wiederherstellung des Gleichgewichts und des Rechten auf eine vermittelte Weise durch die bewußte Geltendmachung des im Gesetze sich ausdrückenden vernünftigen Willens erfolgen. Es liegt der gegenwärtigen Betrachtung ferner, wie hiezu und bis ein Volk zu diesem Standpunkte des Rechtsbewußtseyns und der Anerkennung dieses Theils seiner Aufgabe gelangt, bis es die dadurch bedingten

organischen Anstalten schafft, mittelst welcher das Gerechte eine Gestalt gewinnt, schon vorher ein Uebergang Statt findet, indem das Nothwendige sich in den unmittelbar natürlichen Formen des Gefühls, der Sitte, der Gewohnheit bekundet und bethätigt [13]). Dieser Standpunkt ist der untergeordnete gegenüber dem, wo in dem Staate als dem bewußten Reiche der Gesittung sich die Idee des Rechts in der entsprechenden Form zur Geltung bringt, wo denn die Gesetzgebung, die Wissenschaft und die Anwendung, jede nach ihrem wesentlichen Inhalte und ihrer Bestimmung, sich betheiligen. Es ist auch wohl sonst anerkannt worden, daß, da nun einmal Störungen des Rechts und der Ordnung nicht vermieden, nicht unmöglich gemacht werden können, die dadurch geforderte nothwendige Wiederholung des Rechts und der Ordnung, wie sie durch die Gerechtigkeitspflege in den verschiedenen Gebieten des bürgerlichen und des Straf-Rechts bezweckt wird, ein Fortschritt und ein höherer Standpunkt sey, indem sich dadurch die Herrlichkeit des nur in diesem, nicht auch in jenem Sinn unverletzlichen Rechts offenbart. Wohl ist es besser, wenn das Unrecht nicht geschieht, wenn das Recht unmittelbar, und nicht erst mittelst des Durchganges durch das erst aufzuhebende Unrecht, die Verletzung des Rechts seine Geltung und Nothwendigkeit behauptet [14]); und man muß den größten Werth darauf legen, daß durch Sitte und Bildung, das Werk der Erziehung und des Unterrichts, durch Erweckung einer die Gerechtigkeit liebenden Gesinnung — und was damit in Verbindung steht — dem möglichen Unrecht begegnet werde. Es bedarf nicht der Bemerkung, die man, um Mißverständnissen entgegenzutreten, hier sonst zu machen

---

13) Strafrechtstheorieen S. 8 fg. 20 fg.

14) Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 48.

Veranlassung finden kann, daß dadurch nicht die für sich in ihrer tiefen Bedeutung anzuerkennenden Reiche der Religion, der Sittlichkeit, der Moral, zu bloßen Mitteln für einen andern Zweck, zu dienstbaren Werkzeugen für die Rechts-Ordnung, gleichsam im Sinne polizeilicher Maaßregeln herabgesetzt werden sollten. Allein so wie diese unläugbar auch jene heilsame Frucht bringen und der Staat, unbeschadet der ihm obliegenden Pflicht, sie um ihrer selbst willen, und wegen des begründeten Anspruchs, den sie in und an ihn haben, sie zu fördern und ihnen eine freie Entwicklung zu gewähren, doch auch auf diese für ihn vortheilhaften Wirkungen rechnen darf und muß, so wird doch, wie gesagt, seine Berechtigung, seine Pflicht immer bestehen bleiben, selbstständig gegen den geoffenbarten Widerspruch das Recht in seiner Heiligkeit zu erhalten und wo es nöthig ist, durch Unterordnung des über das Gesetz sich hinwegsetzenden besondern Willens, unter dasselbe die unbedingte Geltung des Gesetzes zu behaupten.

Wie vermöchte aber, wenn man von der Erkenntniß dieser Nothwendigkeit durchdrungen ist, sich die Meinung einer nur um eines äußern Zweckes willen zu bewirkenden Ahndung des Verbrechens dem Grundsatze der Gerechtigkeit an die Seite, oder vollends entgegen zu stellen, der da gebietet, daß nicht blos der Gefahr begegnet oder zuvorgekommen, der Schade und Nachtheil durch eine irgendwie zu erzwingende Vergütung aufgehoben, sondern daß das Recht, und zwar vor Allem ohne Nebenrücksicht verwirklicht werde?

Wir kommen hiemit auf das bereits im Anfange dieser Abhandlung Gesagte zurück [15]; aber es ist nicht eine bloße Wiederholung, sondern nothwendig, um daran die weitere Entwicklung über das Verhältniß der Strafe zu

15) a. a. O. S. 59 fg.

dem Verbrechen zu knüpfen, und um insbesondre zu zeigen, daß auch hier durch die Bestrebungen der Wissenschaft und durch die vernünftige Betrachtung des Gegenstandes Ergebnisse gewonnen worden sind, welche, von allen politischen Veränderungen, die auf die bevorstehenden neuen Strafgesetzgebungen Einfluß haben können, von allen Anforderungen, die man an diese nach der Verschiedenheit der Standpunkte zu stellen geneigt seyn möge, unabhängig, nicht minder Anspruch haben, als Wahrheiten anerkannt zu werden, wie die Wahrheiten in andern Gebieten des Wissens und der Erfahrung, die nicht deshalb aufgehört haben solche zu seyn, weil wir in ein neues Stadium der politischen Entwicklung und durch diese bedingten Einrichtungen getreten sind. Es ist Pflicht, auch bei dieser Gelegenheit und da, wo es sich um eine neue Gesetzgebung handelt, gegen die verkehrte Ansicht zu warnen, nach welcher, weil die frühere Zeit oder auch die Gegenwart den wirklichen oder vermeintlich berechtigten Ansprüchen nicht, oder nicht durchgängig mit ihren Ergebnissen entsprechen, ein vollständiger Bruch erfolgen und Alles von Neuem begonnen werden müsse: eine Verkennung des, nur zum Theil mit der äußerlichen geschichtlichen Entwicklung zusammenfallenden innern Zusammenhangs, der ohnehin durch das bloße Läugnen so wenig beseitigt, als durch die Willkühr eines augenblicklichen Bruches (der nach der Natur der Sache nur vorübergehend seyn kann, und sich, wo er geschichtlich vorgekommen, nur als ein ohnmächtiger Versuch erzeigen mußte) mit Erfolg gelöset werden kann. Was daran richtig ist, wird sich darauf zurückführen lassen, nicht daß jede Zeit ihre eigne Wahrheit habe und sonach die Wahrheit mit sich selbst in Widerspruch seyn könne, sondern, theils daß die Anwendung der Wahrheit, und was uns hier näher liegt, dieser als Gerechtigkeit, indem sie unter gegebenen Ver-

hältnissen und auf bestimmten anzuerkennenden Voraussetzungen erfolgt, nothwendige Modificationen bedinge, theils daß eben früher und bisher die Wahrheit, oder die aus dieser einen hervorgehenden Wahrheiten entweder nicht überall zum Bewußtseyn und zur Anerkennung gelangt, oder wenigstens bei obwaltenden Hemmungen nicht vollständig zur Geltung gebracht worden seyen; die Aufgabe ist dann, das wirklich Berechtigte zu erkennen, es mit Schonung des Bestehenden, so weit solche geboten ist, in sein Recht einzusetzen und die Weise eines zum Ziele führenden entsprechenden Ueberganges ausfindig zu machen.

Es ist oben unter anderm auch der Schwierigkeiten gedacht worden, welche, und nicht blos hier, in der äußerlichen Auffassung der Volksvertretung und der Theilnahme an der Gesetzgebung liegen, wonach es in der That den Anschein gewinnen könnte, als sey das Recht nur im Gesetze, und dieses das Werk der Willkühr, der oft zufälligen Majoritäten, eines Aggregats von Einzeln-Willen, deren Zusammenzählung zwar einen überwiegenden gemeinsamen Willen bildet, aber für sich nicht die Gewähr der Uebereinstimmung mit dem vernünftigen allgemeinen Willen enthält, der sich, auch von dieser Form des Zustandekommens abgesehen, als wahrhafte Volksüberzeugung, als Rechtsbewußtseyn der Nation bethätigen soll. Und unbezweifelt besteht neben der für unsre Zeit und Verhältnisse nicht zu läugnenden Berechtigung jener, möglicherweise mangelhaften Form, — die als solche und in dem Inhalt, den sie zu schaffen vermeint, oder sich für berufen erachtet, der Zufälligkeit ausgesetzt ist — zugleich die unabweisbare Forderung, daß das Vernünftige, Gerechte, zur Geltung komme. Wir haben bemerkt, daß wir ein über dieser Form, über dem Sonderwillen stehendes Höheres, Allgemeines erkennen,

und daß man hoffen dürfe, es werde dieses, mit der Nothwendigkeit seiner Geltung, auch der Mittel und Wege zu solcher zu gelangen, nicht entbehren, wenn auch das günstige Ergebniß oft langer Zeit bedarf, bis es in die Wirklichkeit tritt, und die Ungeduld sich um so schwerer mit dem Gedanken einer abzuwartenden Reife versöhnt, je wohlgemeinter sie bei Vielen seyn mag, die sich, durch Verwechslung der individuellen Meinung mit der Wahrheit, im Besitz dieser letztern und zur unmittelbaren Geltendmachung derselben berufen glauben, wo sich dann nicht selten noch die bedenkliche Ansicht bethätigt, daß die hier zu bringenden Opfer gegen den erstrebten Vortheil nicht in Anschlag kommen dürften. Die Geschichte sollte hier ein warnendes Beispiel seyn.

Nunmehr können wir als erwiesen festhalten, daß die Bestimmung eines richtigen Verhältnisses von Verbrechen und Strafe eine gerechte Forderung, daß diese Verhältnißmäßigkeit die Gerechtigkeit derselben sey, so weit sie das Maaß und den Grad betrifft, denn als Grundlage ist sie bereits anerkannt. Es ist jetzt auch nicht mehr ein Mißverständniß zu besorgen, zu welchem die doppelte Bedeutung der Worte „Verhältniß, Verhältnißmäßigkeit, verhältnißmäßig" leicht Anlaß geben könnte. Denn indem man darunter auch und vornehmlich etwas Beziehungsweises oder Relatives versteht, so würde dies etwa dahin führen, ein Ohngefähres, was sich im Maaß ausdrückt, für die Ahndung auszumitteln. Allein, hier ist etwas Anderes zu verstehen. Wir nehmen das Wort in der logischen Bedeutung, als die Vermittlung zwischen den beiden mit einander zu vergleichenden Größen oder Existenzen, dem Verbrechen und der Strafe, oder bestimmter, der Verschuldung und der durch dieselbe hervorgerufenen Gegenwirkung. Letztere, um der erstern zu entsprechen und gerecht zu seyn, soll in demselben

Grade erfolgen, als sie durch die verbrecherische Handlung selbst bedingt und gefordert ist; ein Mehr oder Weniger würde der Gerechtigkeit und Gleichheit widersprechen; der Schuldige soll behandelt werden, wie, und erfahren, was er verdient hat. Dies ist allein das richtige Verhältniß oder das Entsprechende zwischen den beiden in nothwendiger gegenseitiger Beziehung stehenden Seiten eines Begriffs, wie solches oben nachzuweisen gesucht worden ist. Zu allen Zeiten hat unbefangene Würdigung und speculative Betrachung unbeirrt durch die Rücksichten des blos reflectirenden Verstandes jenen Grundsatz und die daraus abgeleitete Forderung anerkannt; so spricht auch die heilige Schrift alten und neuen Testaments überall davon, daß die Gerechtigkeit gebiete, Jeder solle empfangen, was seine Thaten werth seyen, und mit dem Maaße ihm gemessen werden, dessen er selbst sich bedient habe [16]). Hier mag man mit mehr Grund erinnern, es sey die Rede von göttlicher Gerechtigkeit und Vergeltung. Allerdings; allein wenn diese zu handhaben für den Menschen eben so unmöglich als vermessen wäre, so dürfen wir doch in der Unmöglichkeit vollständiger Ausführung des Grundsatzes nicht eine Berechtigung finden, die Wahrheit des Grundsatzes zu läugnen und mit Aufgebung desselben einen andern beliebig an die Stelle zu setzen, der doch nicht durch die Verzichtleistung auf die, wie schon oben bemerkt, unerreichbare höchste Gerechtigkeit die Eigenschaft erhält, selbst gerecht und vernünftig zu seyn. Oder soll, weil die Gerechtigkeit in jenem Sinne hienieden nicht wahrhaft Statt finden kann, weil

---

16) Sprüche Sal. 24. V. 12. Psalm 28. V. 4. u. 62. V. 13. Jerem. 17. V. 10. 1 Samuel 26. V. 23. 1 Corinth. 3. V. 8. 2 Corinth. 5. V. 10. Matth. 6. V. 27. u. 25. V. 31 fg. Offenb. Joh. 22. V. 12. Röm. 2. V. 6. Sirach 16. V. 14.

alles Irdische mangelhaft und unvollkommen ist, überhaupt Recht und Gerechtigkeit nicht eine Aufgabe und Bestimmung und das Streben nach derselben nicht eine Pflicht des Staats, der Völker und der Einzelnen seyn? Darf man sich bei der Einsicht in die Unvollkommenheit menschlicher Einrichtungen bestimmt glauben, das Mangelhafte, wie es einmal ist, zu belassen, ohne zu versuchen, ihm möglichst abzuhelfen? Sollte man auf den Fortschritt, von dem in allen Gebieten die Geschichte Zeugniß giebt, Verzicht leisten, weil er, selbst in der möglichsten Ausdehnung, niemals zum Ziele führen würde? Das haben meines Wissens selbst diejenigen, die von andern Vordersätzen, als den hier entwickelten, ausgehen, nicht behauptet, und vor Allen sind es die s. g. Männer des Fortschritts, welche, indem sie überall von nothwendigen Verbesserungen sprechen, und für solche, — wir müssen es annehmen, — in ehrenwerther Gesinnung ihre Stimme erheben, entweder von andern Ausgangspunkten zu demselben Ergebnisse gelangen (möge es auch hier und da anders bezeichnet und verstanden werden), oder wider ihren Willen genöthigt sind, — ich will nicht sagen, die von ihnen bestrittenen Vordersätze anzuerkennen, aber die Folgerungen derselben gelten zu lassen. Gewiß würde man es für einen unerträglichen Hohn halten, wenn man die unter einer anerkannt mangelhaften Einrichtung, der abgeholfen werden könnte, Leidenden darauf verweisen wollte, das müsse nun einmal getragen werden, aber einst und jenseits werde es besser seyn und Alles ausgeglichen werden — dies ist eine Wahrheit, die unbestreitbar ist, aber einem andern Gebiete angehört: sie enthält eine Aufforderung zur Ergebung und einen diese möglich machenden und rechtfertigenden Trost, den sich kein Religiösgesinnter nehmen lassen wird, wie ihn Keiner entbehren kann, — aber sie darf nicht für den Staat und für die, welche dessen In-

telligenz darstellen, als eine Entschuldigung dafür angeführt werden, daß man es unterlasse, die Gerechtigkeit und das Vernünftige so viel als nur immer möglich ist zu erstreben und zu verwirklichen. Eben so gewiß müssen Die, welche vollends für sich auf diesen Trost und was ihm zu Grunde liegt nicht bauen können, und die ihn auch für Andere nicht gelten lassen, eine unabhängige Vollkommenheit des Irdischen annehmen, mindestens diese zu erreichen suchen, wenn nicht auf alle Harmonie verzichtet werden, und nur die Macht des Augenblicks, der Zufall und die Willkühr herrschen sollen.

Aber wie ist nun im Sinne der Gerechtigkeit ein richtiges Verhältniß von Verbrechen und Strafe aufzustellen?

Indem ich versuche hierüber meine Ansichten vorzulegen und zu begründen, sowie was bisher als Ergebniß der Rechtsbildung angenommen worden, so weit es zu gelten berechtigt ist, zu vertheidigen, bedarf es nicht der Erinnerung, daß wir nicht das Werk ganz von Neuem zu beginnen, sondern auf einer gegebenen Grundlage fortzuarbeiten haben. Freilich wollen dieser Manche jede Berechtigung für die Gegenwart absprechen; aber es ist hier nicht nochmals jene unhistorische und der Sache widersprechende Meinung zurückzuweisen, so wenig wie es Bedürfniß ist, wiederholt auszuführen, daß das Anerkennen eines geschichtlichen Zusammenhangs der Gegenwart mit der Vergangenheit nicht ausschließe, dem Neuern, Berechtigten, der veränderten Gestalt der Gesetzgebung für die Zukunft, deren Keim die Jetztzeit birgt und pflegt, die vollständige Anerkennung zu gewähren.

Wir haben zunächst die allgemeinen Grundsätze aufzusuchen, die sich für die Gesetzgebung, wie für die Anwendung im besondern Falle wirksam erzeigen müssen.

Was im Staate und in der bürgerlichen Gesellschaft strafwürdig ist und danach für strafbar erklärt wird, läßt

sich, obschon es in einem gewissen Sinn **delicta juris naturalis**, **natura turpia**, giebt, doch nur positiv und auf geschichtlichem Wege bestimmen, wie dies auch von der Abgrenzung des eigentlichen Gebietes des criminellen Unrechts gegen das auf anderm Wege auszugleichende Unrecht einerseits, und gegen sonstige wenigstens nicht durch die Rechtspflege zu rügende Verfehlungen andrerseits gilt [17]). Der Zusammenhang der Bildung des Strafrechts mit der Sittengeschichte eines Volks, mit der politischen Verfassung desselben, tritt hier recht augenscheinlich hervor. Allerdings muß die Strafgesetzgebung, da sie nirgends der Ausdruck der Willkühr einer verwerflichen Gewalt und das Mittel für Tendenzen, die dem Rechte fremd sind, seyn darf — (eine Wahrheit, die lange genug verkannt worden war,) dem Geiste der Zeit und des Volkes entsprechen, und es ergeht an den Gesetzgeber die Forderung, diese zu würdigen und nicht zu verletzen. So hat jede Periode ihre, noch durch den Einfluß der hiebei in Betracht kommenden gegebenen Voraussetzungen bestimmte Anschauung in Betreff des Strafbaren, und sowie in einer gewissen Zeit, da oder dort, gerade gewisse verbrecherische Handlungen vorherrschen, so finden wir auch sehr verschiedene Ansichten bei verschiedenen Völkern und zu verschiedenen Zeiten, wonach etwas bald mehr, bald weniger, bald gar nicht strafbar erscheint. Als Beispiel möge das aus der **patria potestas** des alten römischen Rechts abgeleitete **jus occidendi**, **exponendi**, **vendendi etc. liberos**, im Gegensatz zu der spätern Gesetzgebung dienen, welche dergleichen Befugnisse erst beschränkt, dann ganz aufhebt, und diese Tödtung nicht nur überhaupt für strafbar, sondern für ein vor andern durch Schwere ausgezeichnetes Ver-

---

17) S. dieser Abhandlung zweiten Theil a. a. O. S. 187 fg. Mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 63 — 65.

brechen erklärt [18]). Wir haben jedoch bereits bemerkt, daß auch, wo die positiven Bestimmungen vorherrschend sind, wenn sie nur jene Grundlage nicht verkennen, auf welcher eine volksthümliche Gesetzgebung beruht, im Ganzen unter gebildeten, insbesondre stammverwandten oder in nahem Verkehr stehenden Völkern eine erhebliche Verschiedenheit weder hinsichtlich der als Verbrechen verpönten Handlungen, noch der Strafen Statt finden, und daß diese Verschiedenheit wie die Uebereinstimmung einen tiefern Grund habe, als die Willkühr und die Zufälligkeit, deren Einfluß bei der Gesetzgebung, besonders der neuern Zeit, nicht in Abrede gestellt werden kann, ja bis zu einem gewissen Grade eine unvermeidliche Nothwendigkeit ist.

Eine andre Aufgabe, die mit der vorigen in Verbindung steht, für die auf Grundlage dessen, was wir den geschichtlichen Charakter des Rechts nennen, dasselbe wie für jene gilt, und die, so weit entweder erst Gebrauch, Volkssitte und Gewohnheit, oder später die Gesetzgebung, durch solche bestimmt, hier sich äußern, mit jener unmittelbar vollzogen wird, ist die der Abstufung der verschiedenen Verbrechensgattungen und Arten unter einander. In sofern dieselbe nach ihrer praktischen Richtung sich vorzugsweise in der Strafe und Bestrafung, in der Art und Größe der auf jene gesetzten Ahndungen äußert, gehört sie zugleich der andern Seite der Betrachtung an — auf deren innern Zusammenhang oben hingewiesen worden ist. Denn es ist dabei vorausgesetzt, daß auch über die Abstufungen der Strafe, deren einzelne Arten als besondre Strafübel anfänglich auf Herkommen beruhen und nachher, wenn die

18) Mein angef. Lehrbuch §. 220. 242. 247. 327. Mein Comment. de antiquiss. Romanor. jure crim. §. 33 sq. und §. 36. Not. 116. und meine Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft S. 209 fg. 310 fg. Rein, das röm. Crim. R. S. 429 fg.

Gesetzgebung eintritt, bestätigt, meist eingeschränkt, selten erweitert und fast niemals willkührlich erfunden sind[19]), sich eine gewisse Ansicht im Volke gebildet habe, die bei weiterer Bildung auf ihren berechtigten Inhalt durch die Gesetzgebung zurückgeführt wird, welche, während sie im Allgemeinen dieser gegebenen Grundlage sich anschließt und auf ihr fortbauend ihre Arbeit unternimmt, doch auch nothwendig dieselbe, wo sie mangelhaft ist, läutern, wo sie unrichtig ist, zurückweisen, überhaupt auf sie auch erhebend einwirken und sich keineswegs ihr unbedingt unterordnen soll. Man wird hierin nicht einen Widerspruch gegen das früher Gesagte über Beruf der Gesetzgebung und deren Verhältniß zu dem Stoffe finden, den sie nicht beliebig schaffen kanu und soll, wenn man sich nur vergegenwärtigt, daß die Wahrheit, welche als zeitgemäße erkannt und durch die Gesetzgebung ausgesprochen werden soll, noch in andern Formen vorhanden ist und sich äußert, als in der Volksmeinung, besonders auf dem jetzigen Bildungsstande. Legt man mit vollem Rechte der Volksmeinung ein großes, ja entscheidendes Gewicht bei, so wird man einräumen müssen, daß nicht Alles, was als solche erscheint oder dafür ausgegeben wird, die wahrhafte Volksmeinung und öffentliche Stimmung sey, und daß es grade hier darauf ankomme, zu unterscheiden, wo die Grenze zwischen dem Wahren, dem Berechtigten und dem Entgegengesetzten liege. — Es ist bekannt, daß auch jene Volksmeinung eine irrige, irregeleitete, durch Unkenntniß und Vorurtheile bestimmte seyn könne, und daß der Kreis Derer, die als ein anzuerkennendes, zum Ausdruck einer wahrhaften Ansicht berechtigtes Organ zu betrachten sind, für manche Gegenstände in der That enger gezogen wer-

19) Mein angef. Lehrbuch §. 121. Untersuchungen S. 11 fg. Strafrechtstheorieen S. 47. Not. 40. S. 83. Not. 87. S. 229. Not. 141.

den müßte, als es häufig geschieht. Auch bestätigt sich unsre Behauptung durch das, was wir in Ansehung des politisch anerkannten Organs für Mitwirkung bei der Gesetzgebung durch Abgeordnete des Volks beobachten. Wir sprechen hier nicht von den verschiedenen Principien, die man für die Wahl und Abordnung und die Verhandlungen in einer oder zwei Kammern und Ausschüssen rc. für die Freiheit der Meinungen der Einzelnen aufstellt, die nicht durch ihnen etwa zu ertheilende Instructionen und Aufträge, oder durch beliebige Zurücknahme des Mandats, durch s. g. Mißtrauens-Adressen rc. beschränkt werden darf: das überall Anerkannte ist, daß der auf solche Weise freilich künstlich hergestellte und nicht selten durch den Sieg einer Mehrheit, schon hinsichtlich der Fassung und Stellung der Fragen und der Reihefolge derselben, bestimmte s. g. allgemeine Wille als solcher zu gelten habe, dem sich der aller Uebrigen, damit nicht Uebereinstimmenden, eben so wie der einer Minorität in der Versammlung selbst, um so mehr unterzuordnen hat, als gegenüber jener organischen Weise, die das Gemeinsame zu einem Allgemeinen gestaltet, jene Uebrigen, ungeachtet ihrer Uebereinstimmung unter einander, nur Einzelne, nicht auch organisch Verbundene sind. Ueber allen steht die Sitte, das Rechte, das Gediegene, was nicht erst Ergebniß vereinter Einzelnwillen ist, aber von diesen anerkannt werden soll und, wenn auch nach längeren Arbeiten, auch wird, und welches, indem es noch ein weiteres, mittelbar wirkendes Organ mit nicht äußerer, aber um so größerer innerer Macht, unter andern an der Presse hat, auch dem vorübergehenden Mangel der in jener Weise sich äußernden Gesetzgebung abzuhelfen berufen ist. Allerdings muß bei der Presse selbst wieder die Unterscheidung und Beschränkung, wie bei der öffentlichen Meinung überhaupt, Statt finden: sie für sich, als nur Formelles, bietet für die

Wahrheit und Gediegenheit des Inhalts keine Gewähr — aber sie wird auch diese, nur nicht ausschließlich enthalten; so wie sie nicht die einzige Form und Weise derselben ist. Die **Wissenschaft** fällt mit ihr nicht zusammen, wenn auch die Berührungen und Gegenseitigkeit nahe liegen; aber sie wird auch in ihr und mittelst derselben wirken, wie sie sich in allen andern Gestaltungen für den Ausdruck und die Geltendmachung der Wahrheit thätig erzeigen soll.

In Betreff einer gerechten Abstufung der Verbrechen und der einzelnen Fälle gleicher oder gleichartiger Kategorieen sind nun keineswegs alle Anforderungen bereits erfüllt, die hier zu machen wären Zwar hat man schon früh in den Gesetzgebungen älterer und späterer Zeit, und noch mehr in der neuern, Unterschiede anerkannt, die wir diesmal, ohne uns streng an die technische Bedeutung der Ausdrücke zu halten, nur kürzlich bezeichnen wollen als eigentliche crimina und delicta, Verbrechen und Vergehen: wir erinnern an die mehr oder minder entsprechenden deutschen Bezeichnungen der peinlichen und bürgerlichen Uebertretungen, der capitalen und nicht capitalen Verbrechen, der s. g. Hauptrügen ꝛc. [20]) — und auch innerhalb der dadurch bestimmten Kategorieen finden sich, mit Rücksicht auf die Verhängung der geschärften oder der einfachen Todesstrafe in der Peinl. G. O. weitere Unterscheidungen der Fälle an Uebelthaten, die an's Leben gehen — so wie rücksichtlich der andern, die nicht „an Hals und Hand", sondern nur „an Haut und Haar" gehen, eine gewisse Sorgfalt der ältern Gesetzgebungen nicht zu verkennen ist. So giebt nämlich die C. C. C. die Stufenreihe bei dem Verbrechen des Diebstahls, (abge-

20) **Marezoll**, das gemeine deutsche Criminalrecht §. 36. und meine Abhandlung in diesem Archiv J. 1835. S. [illegible] fg.

sehen von den Fällen, die sie für todeswürdig erklärt, und wobei gegenüber dem nun für besonders erschwerend erachteten Grunde alle andern Rücksichten zurücktreten sollen, was sich nicht vertheidigen läßt,) im Ganzen richtig an [21]). Aber dennoch muß man dem, durch das Abschreckungsprincip bestimmten System auch in dieser Hinsicht entgegentreten, und man wird ohne große Mühe überall eine Reihe von Unverhältnißmäßigkeiten anführen können, die nicht blos das Rechtsgefühl verletzen, sondern auch, vom politisch-legislativen Standpunkte aus betrachtet, für durchaus nachtheilig gehalten werden müssen. Wenn später das Uebel nicht in dem vollen Maaße hervortrat, wie es, bei der immer mehr zum Vorschein kommenden Unangemessenheit des ganzen Systems, in Verbindung mit den gesetzlich angedrohten, willkührlich neben oder über und unter einander gestellten Strafarten, zu den veränderten Zeitansichten hätte der Fall seyn müssen, so beruht dies vornehmlich auf der, von Kennern längst gerühmten, umsichtigen Fassung jenes so vielfach mit Unrecht getadelten, für seine Zeit aber gewiß werthvollen Werkes, vermöge dessen den Fortschritten der Wissenschaft und der Praxis nirgends der Einfluß und Eingang verschlossen, vielmehr der gebührende Raum gestattet worden war [22]). Indem so das Rechtsbuch, nicht blos bei den ganz oder größtentheils unbestimmten Strafgesetzen, sondern auch da, wo es bestimmte Strafen droht, häufig dem Ermessen des gerechten und verstän-

21) Art. 157—175. vgl. mit dem ersten und zweiten Project Art. 164—182. und Bamberger Halsgerichts-Ordnung, desgleichen Brandenburger Art 183 — 201. der Ausgabe von Zöpfl. Heidelberg 1842.

22) S. besonders v. Wächter, ad histor. C. C. C. Symbolorum Pars I. Lips. 1835. und Dessen Gemeines Recht Deutschlands, insbesondere gemeines deutsches Strafrecht. Leipzig 1844. S. 19 fg.

digen Richters die gebührende Freiheit läßt, überall gebietet, die Strafe nach „Gelegenheit und Gestalt der Person" und der Verwirkung des gestifteten Schadens rc. zu ermessen, — (es möge hier auch auf die Regeln über dolus und culpa, Versuch, über die Fälle der Entleibungen, die Entschuldigung auf ihnen tragen mögen, so darin ordentlicherweise gehandelt wird [23]), Bezug genommen werden;) indem es ferner in Fällen, die über das Verständniß des gemeinen Mannes gehen, die Einholung des Rathes der Rechtsverständigen anordnet [24]), ist es der spätern Ausbildung, insbesondere seitdem an die Stelle mehrerer verwerflichen Strafarten, z. B. der Verstümmlungen, der Landesverweisung, und nachher noch allgemeiner, die Freiheitsentziehungen getreten sind, die ihrer Natur nach am meisten Abstufungen zulassen, möglich geworden, auch rücksichtlich der Aufgabe, die wir hier besprechen, erhebliche Fortschritte in die Rechtsanwendung einzuführen. An dem römischen Rechte, auf welches so oft ausdrücklich oder mittelbar verwiesen wird, hatte man schon bei der Behandlung der extraordinaria crimina ein Vorbild, da bei diesen überall der Richter angewiesen wird, die innere Beschaffenheit des Falles zu würdigen, wie ich dieses an einem andern Orte ausführlicher dargestellt habe [25]). Es liegt außerhalb der gegenwärtigen Betrachtung, der unrichtigen Behauptung zu begegnen, als wenn zuletzt schon im römischen Rechte alle Verbrechen hinsichtlich der Strafe zu den extraordinaria zu rechnen wären, und als wenn gemeinrechtlich überhaupt nur unbestimmte Strafgesetze bestünden; so wie es hier nicht der wieder-

---

23) Meine Abhandlungen in diesem Archiv J. 1836. S. 171 fg. J. 1837. S. 449 fg.

24) S. die gegenwärtige Abhandlung im 1. Heft S. 76. Not. 13.

25) Strafrechtstheorieen S. 96 fg. 121 fg.

holten Erörterung dessen bedarf, was unter Anerkennung der Fortschritte, welche in der erwähnten Beziehung durch die, zum Theil von Willkühr nicht freizusprechende, übrigens in ihren Grenzen wohlberechtigte Praxis gemacht worden sind, auch wiederum Uebeles gestiftet, und wie dadurch das Ansehen des Gesetzes auf bedenkliche Weise gemindert worden ist; bis man in der neuern Zeit mehr zu dem rechten Standpunkte zurückgekehrt ist, wobei stets der Verdienste Feuerbach's gedacht werden muß [26]).

Das Ergebniß der Bemühungen ein richtiges Verhältniß herzustellen, hat sich nun allerdings bei den neuern Gesetzgebungen auf eine vielfach zu billigende Weise bewährt. Und dennoch, wie viel bleibt hier zu thun übrig, welche Zahl von Vorschriften über Verbrechen und Strafen, rücksichtlich der Verhältnißmäßigkeit dieser zu einander und zu andern Fällen, könnte man aus allen, selbst den neuesten Strafgesetzbüchern und Entwürfen beibringen, wo jene Grundsätze, die man als solche anerkennt, verletzt werden? Nur in wenigen Fällen mag man sich auf besonderes Bedürfniß und einen wahrhaft rechtfertigenden Grund berufen, und die anscheinend nicht vorhandene Verhältnißmäßigkeit dennoch aufzeigen. — Oft hat unläugbar der Umstand geschadet, daß man sich nicht genug dem Einfluß der dem Gerechtigkeitsprincip fremden Theorieen zu entziehen vermocht, vielleicht nicht immer gewollt hat; oft ist wohl eine gewisse Willkühr, oder eine nicht wahrgenommene oder nicht vermiedene Inconsequenz Schuld, wozu denn noch der, bei der jetzigen Weise nicht zu umgehende Umstand kommt, daß in großen berathenden und beschließenden Versammlungen der Ausschlag nicht selten durch eine Stimmenmehrheit gegeben wird, für welche keineswegs immer die Grundsätze

---

26) Vgl. meine Abh. in der Tübinger kritischen Zeitschrift für RW. J. 1827. S. 439 fg.

allein maßgebend sind, nach welchen entschieden werden sollte.

Der Schwierigkeit, die sich für die Lösung der bisher betrachteten Aufgabe entgegenstellt, kann jedoch auf einem andern Wege einigermaßen begegnet werden. Wir haben gesehen, welche Handlungen strafbar seyen, welche Stelle bestimmte Verbrechen in der Reihefolge der für strafbar geltenden Handlungen einnehmen, und folglich, in welchem Grade sie im Verhältniß zu andern mehr oder minder eine Rückwirkung des Gesetzes hervorrufen: dies läßt sich, obschon es dafür einige allgemeine und allgemeingültige Regeln giebt, doch nur positiv und auf der Grundlage beantworten, welche in einer bestimmten Zeit als geschichtlich berechtigt bei einem Volke, nach der Seite seiner Naturbestimmtheit und seiner dadurch bedingten Bildung anerkannt ist. Das Streben wird, da die Gesetze der Nothwendigkeit und Freiheit, des Rechten und Vernünftigen dieselben sind, und überall und zu allen Zeiten Geltung haben, dahin gehen, daß ein Widerspruch derselben und des positiven Rechts (worunter nicht blos gesetzliches zu verstehen ist, am wenigsten für die frühesten Perioden der Rechtsgestaltungen), der allerdings häufig genug, vornehmlich bei noch niederm Culturstande zur Erscheinung kommt, immer mehr beseitigt werde, und daß das positive Recht, als in welchem allein die Idee Daseyn und Wirklichkeit hat, ohne den ihr nothwendigen Charakter der Volksthümlichkeit, ohne seine geschichtliche Eigenthümlichkeit aufzugeben oder zu verleugnen, sich als der unter gegebenen Bedingungen entsprechende Ausdruck des Vernünftigen darstelle. Gelingt es dem Forscher, der hier, wie gesagt, nicht Alles neu zu schaffen hat, sondern eine begonnene, nur in ihren, keineswegs durch Willkühr bestimmten Ergebnissen erkennbare Arbeit fortzusetzen hat, jene Gesetze der (relativen) Nothwendigkeit zu entdecken

und sie auszusprechen, so ist, für Wissenschaft und Gesetzgebung, der Forderung so weit genügt, als es überhaupt möglich ist; denn über die Zeit und deren Bewußtseyn hinaus kann nicht gegangen werden. Wie es nun in der Natur, und dies muß auch von der geistigen gelten, nirgends Sprünge, nirgends ganz scharf begrenzte Scheidungen, sondern überall Uebergänge und Vermittelungen giebt, so wird auch bei der Eintheilung der Verbrechen in gewisse Klassen und Arten, je nach ihrer Schwere, wie diese in der bisher betrachteten Weise Statt findet, sich dieselbe auf einem innern Gesetze beruhende Erscheinung zeigen. Und eben dies muß von den Strafen und Strafarten zunächst im Verhältniß derselben zu einander, dann auch zu den in jener Weise unterschiedenen Verbrechen gesagt werden. Das Verbrechen, wie die Handlung überhaupt, tritt in die Erscheinung, in nothwendige Begrenzung; es ist ein wirkliches, wie der Wille, von dem es ausgeht, nur, in sofern aus der unbestimmten Allgemeinheit in die Bestimmtheit und die Besonderung übergegangen wird. Oder, um die Sache noch von einer ganz andern Seite aufzufassen, sowie das Objective für unsere Betrachtung, das Rechte, die Freiheit, in den bestimmten concreten Gestaltungen der Rechte und sittlichen berechtigten Existenzen des Staats, der Gesellschaft, der Einzelnen zum Vorschein kommt, so bietet es auch nur in diesen dem verbrecherischen Angriffe einen Gegenstand, — ein Angriff, der nach Form und Inhalt, Mitteln und Zweck, Absicht und Erfolg sehr manchfaltig seyn kann; und so werden die Verbrechen nach den Kategorieen der Qualität, der Quantität, der Modalität ꝛc. eingetheilt und abgestuft.

Wenn es nun möglich wäre, hiernach eine genau begrenzte Eintheilung zu bewerkstelligen, der zufolge alle Verbrechen (und die Fälle derselben), die eine gewisse

Klasse bilden, z. B. Verletzungen der Vermögensrechte durch Entwendung, der Freiheit, der Ehre, der körperlichen Integrität, für sich eine gewisse Stufe ausmachten, an welche andre angrenzten, aber ohne daß ein Uebergang und ein Hinüberreichen Statt fände, und wäre auf gleiche Weise eine Abgrenzung der Strafen möglich, so würde die Aufgabe ein gerechtes Verhältniß, oder — da wir früher ausgeführt haben, daß die Gerechtigkeit selbst das Verhältniß sey — das Verhältniß der Strafe zu dem Verbrechen zu bestimmen leichter gelöset, und wir hätten einen ausreichenden Anhaltspunkt. So ist es aber nicht. Die Vielgestaltigkeit des Lebens und der Verhältnisse, unter denen die Handlung hervortritt, unterwirft sich nicht solchen allgemeinen und abstracten Bestimmungen, sie stellt sich immer einer darauf gegründeten Eintheilung entgegen, oder läßt sie nur mit dem Vorbehalte von Annahmen und vielfachen Modificationen zu. Nur wenige, ich möchte sagen, für sich specifische Verbrechen, z. B. der Mord im eigentlichen Sinne, gestatten eine Feststellung, die gerechtfertigt ist, indem gegenüber dem, was hier das Charakteristische ist, alle Modificationen, mit denen die Handlung als diese concrete, einzelne in die Erscheinung tritt, rücksichtlich der etwanigen Grade der Strafbarkeit verschwinden, und es zulassen, ja gebieten, hier eine ebenso specifische und absolut bestimmte Strafe anzuordnen, wie die Todesstrafe oder die lebenswierige Freiheits-Entziehung [27]). Jeder Fall eines Verbrechens hat wieder seine eigene Gestaltung, und wenn auch das Gesetz bei der Bestimmung der Erfordernisse des Thatbestandes, indem es auf Grund der allgemeinen Merkmale der Handlung, und näher der verbrecherischen, eben nur das allen Fällen Ge-

27) S. meine Abhandlung in diesem Archiv J. 1838. S. 62 fg. „Bemerkungen über die Strafe lebenslänglicher Freiheits-Entziehung mit Berücksichtigung neuerer Gesetzgebungen.“

meinsame aufstellen kann, was solche z. B. als Todtschlag, als qualificirten oder einfachen Diebstahl, Betrug ꝛc. charakterisirt, so wird doch die Beurtheilung, die es nur mit dem gegebenen Falle in seiner ganzen concreten Beschaffenheit zu thun hat, sich nicht darauf beschränken dürfen, das Daseyn jener Merkmale nach den Ergebnissen des Beweises anzuerkennen, sondern sie muß, um eine gerechte zu seyn, die specifische Eigenthümlichkeit des Falles würdigen und darnach die Strafe, in dem verdienten Maaße, d. h. nach der Schuld des Uebertreters abmessen. Man kann dies so ausdrücken: wie das Allgemeine, das Verbrechen, nur als ein Besonderes z. B. als Mord, Beleidigung, Entwendung hervortritt, so ist dies Besondere selbst wieder ein abstract Allgemeines, gegenüber der in die Wirklichkeit gesetzten Handlung, welche eine bestimmte einzelne ist, diese Fall der Tödtung, der Injurie, des Diebstahls. Aus der Logik darf hier das Verhältniß dieser Kategorie, das Allgemeine, Besondere und Einzelne vorausgesetzt werden, wonach jedes von diesen die beiden andern als nothwendige Momente an sich hat [28]). Das Verbrechen überhaupt kommt nur vor als ein besonderes und einzelnes: aber dieses, der vorliegende Fall eines Diebstahls mittelst Einbruchs oder mit Waffen ꝛc., hat die Eigenschaft des Besondern, sonst wäre es nicht Diebstahl, und des Allgemeinen, sonst wäre es nicht Verbrechen, wobei nur noch zu erinnern ist, daß die Merkmale, welche, wie jede dieser Kategorieen bedingen, nicht neben einander als gesondert vorkommen, sondern zugleich vorhanden sind, einander gleichsam durchdringen und als s. g. congruente Größen decken. Die wesentlichen Bestandtheile der Handlung, des Innern, des Willens und das Aeußere der That, beide ausgehend

28) Mein angef. Lehrbuch der Straf-RW. §. 68 mit §. 112.

von dem Subject, dessen Handlung es eben ist, gestalten sich in unserem Falle als animus furandi, und die dadurch bedingte Benehmungsweise, contrectatio, mit dem zum Thatbestande gehörigen Erfolge (sofern von Vollendung die Rede ist), und zwar so, daß nicht blos überhaupt ein Diebstahl, sondern dieser an diesem, dieser Person gehörigen Gegenstande und unter diesen Umständen verübter der Beurtheilung unterliegt, wo dann ferner die Persönlichkeit des Schuldigen die Handlung näher bestimmt, indem diese die Eigenschaft eines Rückfalls (z. B. dritter Diebstahl, oder eines Haus- oder Familiendiebstahls) haben kann.

Hier, bei der zu beurtheilenden bestimmten oder einzelnen Handlung, (und dies bleibt sie auch, wenn sie mit andern der gleichzeitigen Beurtheilung zu unterwerfenden Vergehen concurrirt) tritt nun das ein, was oben als ein Hinausreichen in ein möglicherweise abgegrenztes Gebiet oder eine andere Stufe der Strafbarkeit bemerkt worden ist. Die Tödtung ist an sich ein schwereres Verbrechen, als der widerrechtliche Eingriff in fremde Vermögensrechte, oder als eine bloße Körperverletzung, aber der besondere Fall einer Tödtung, und selbst nicht blos einer fahrlässigen, kann unter Umständen auf einer geringern Stufe der Ahndungswürdigkeit stehen, als eine vorsätzliche schwere Körperverletzung; es kann ein unter besonders erschwerenden Umständen begangener Diebstahl auf einer höhern Stufe der Strafbarkeit stehend erkannt werden, als eine Tödtung oder ein Angriff auf die körperliche Integrität, auf die Freiheit 2c.

Dem entsprechend hat man auch den Versuch einiger neueren Gesetzgebungen gemißbilligt [29]), dessen Unstatthaf-

---

29) S. überhaupt Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung. Erster Beitrag. Heidelberg 1841. Zweiter Beitrag 1843.

tigkeit auch die Erfahrung dargethan hat, die Strafarten z. B. Zuchthaus, Arbeitshaus, Gefängniß in einer Weise — im Verhältniß zu willkührlich aufgestellten Unterschieden, wonach sich bestimmen sollte, wiefern dieselbe Handlung, z. B. die bestehende Körperverletzung, entweder Verbrechen oder Vergehen, oder Polizei-Uebertretung seyn sollte, — gegen einander abzugrenzen, welche jene durch die Wirklichkeit und Eigenthümlichkeit der einzelnen Handlungen geforderten Vermittlungen und Uebergänge ausschloß, was in der Anwendung zu Verletzungen der Gerechtigkeit und zu einer der Natur der Sache widersprechenden Herrschaft des Buchstabens führen mußte; anderer Uebelstände nicht zu gedenken, die selbst das Bestreben, jenem Mangel, den man fühlte, zu begegnen, zur Folge haben mußte.

Es ist also nothwendig, daß die Gesetzgebung ihre Grenzen inne halte, und nicht in das Gebiet, welches dem Richter für die Beurtheilung bleiben muß, auf eine Weise eingreife, welche eine letzte, der Handlung angemessene Entscheidung, und, wovon hier die Rede, Feststellung des Strafmaaßes im Sinne der Gerechtigkeit unmöglich machen würde. Wo man es versucht hat, durch zu sehr ins Einzelne gehende Bestimmungen einen großen Theil der Functionen, die dem Richter obliegen, durch unmittelbar zu treffende Vorschriften der Gesetzgebung beizulegen: möge dies geschehen seyn, um das Object des Rechtsprechens zu erleichtern, um eine Gleichmäßigkeit der Rechtssprüche zu bewirken, um der angeblichen oder möglichen Willkühr zu begegnen, oder aus Mißtrauen in die Fähigkeit oder die Geneigtheit der Urtheiler das Richtige zu treffen, da hat man die Erfahrung gemacht, daß von dem Bezweckten nichts, oder das Gegentheil erreicht wurde, indem einerseits die unvermeidlich in das Gesetz durch Aufstellung einer s. g. Casuistik

verlegte Willkühr noch gefährlicher war und ist, als die des Richters, der nach allgemeinen Grundsätzen innerhalb eines angemessenen Raumes die Ahndung zu bemessen hat, andrerseits doch selbst die möglichst eng gezogenen Grenzen noch eine gewisse Freiheit nicht ausschlossen, welche um so leichter zur Willkühr werden wird, je weniger die gegebenen Schranken der Gerechtigkeit entsprechen und ein gerechtes Erwägen gestatteten. Das Gesetz wird also die durch die Gerechtigkeit, welche sich hier zu bethätigen hat, gebotenen allgemeinen Grundsätze und Wahrheiten theils aussprechen und ausdrücklich bestätigen, theils durch seine ganze Fassung als stillschweigend vorausgesetzte anerkennen; es wird ferner bei Aufstellung der Klassen die Verbrechen und deren Abstufung, sowie die Strafen und die Bestimmung des gegenseitigen Verhältnisses, in steter Berücksichtigung der Natur des Positiven, jene Grundsätze zur Anwendung bringen, und demgemäß seiner Aufgabe zu genügen suchen, das Rechte für die besonderen Verbrechen so weit festzusetzen, als es zulässig ist und gefordert werden muß. Denn es giebt hier allerdings ein Gebiet, wo die richterliche Beurtheilung, sobald nur erkannt ist, daß der Fall dem Gesetze unterzustellen sey, gebunden seyn muß, und die Freiheit derselben sich nicht außerhalb der gesetzlichen Schranken bewegen darf. Und selbst hier wird, um nicht grade durch rücksichtslose Befolgung der Vorschriften, die die Regel geben, die erstrebte Gerechtigkeit zu verletzen, eine Abweichung durch Verlassen dieses Gesetzes, durch Hinausgehen über oder unter das Strafmaaß, nicht nur gestattet, sondern geboten werden müssen, s. g. Strafschärfung und Strafmilderung, dem Begriffe, sowie der positiven Voraussetzungen nach, zwar verschieden von der Straferhöhung und Herabsetzung, welchen die Strafbemessung innerhalb des freien Raumes, das s. g.

Maximum und Minimum angehört, aber auf demselben Grundsatze der Gerechtigkeit und der Anwendung des Allgemeinen auf das Besondere und Einzelne beruht, von dem der Gesetzgeber und der Richter auf gleiche Weise, jeder in seiner eigenthümlichen Sphäre auszugehen haben [30]). Das Einzelne, Concrete, also die Wirklichkeit der Handlung, der Verbrechensfall, wie er mit allen seinen, grade ihn, als solchen, charakterisirenden Umständen, nach den Ergebnissen des rechtlichen Verfahrens und des Beweises jetzt vorliegt, fällt nothwendig der Beurtheilung des Richters anheim, und nicht der Gesetzgebung, die hier ihre Grenze findet. Für diese Beurtheilung muß dem Richter die Möglichkeit gewährt seyn, die besondere, gerade diesem Fall eigenthümliche Gestaltung mittelst Einreihung in die Stelle, die er in der Stufenreihe nach dem gesetzlichen Rechte einnimmt, zu würdigen und das Gerechte ausfindig zu machen. Diese Freiheit des richterlichen Ermessens wird zuweilen, selbst in dem Gesetze, als Willkühr bezeichnet, wie auch von willkührlicher Strafe rc. die Rede ist. Der Sprachgebrauch gestattet dies, und wir wollen nicht um Worte streiten. Nur ist gelegentlich zu erinnern, daß das hier Gemeinte, das **arbitrium judicis**, von dem wesentlich verschieden sey, was man sonst unter Willkühr im Gegensatze zu einem gerechten durch objective Gründe bestimmten Ermessen versteht, da hier für das subjective Belieben so wenig ein Raum bleibt, als es, wie schon früher bemerkt worden, dem Richter erlaubt seyn darf, seine ihm zusagende Theorie oder sein s. g. Strafrechtsprincip, wenn diese nicht mit dem gesetzlichen übereinstimmten, diesen unterzuschieben. Dies steht nicht im Widerspruch mit der nothwendigen Forderung, daß der Richter nach seiner Ueberzeugung spre-

30) Mein Lehrbuch §. 139 fg. 146 fg.

chen und innerhalb des Bereiches seines officium die gebührende Selbstständigkeit und Unabhängigkeit behaupten müsse. Denn diese Ueberzeugung, um eine gewissenhafte zu seyn, muß auf Gründen beruhen, und der Richter ist nicht als Individuum für sich, sondern als Organ des Rechts und Gesetzes thätig, wenn er sein heiliges Amt ausübt.

Jener andere Weg nun, dessen vorhin gedacht ist, besteht darin, daß der Richter auf denselben Grundlagen weiter fortbauend, in der folgerichtigen Anwendung und Durchführung der allgemeinen gesetzlichen Regeln und der besondern Vorschriften auf das Einzelne, Concrete, was der Gesetzgeber nur in allgemeiner Form, nicht in seiner eigenthümlichen Erscheinung vorhersehen konnte und daher nicht durch eine dem Urtheile vorgreifende Verfügung entscheiden wollte und durfte — eine der Verwirkung entsprechende gerechte Ahndung verhänge. Es ist, wie gesagt, dieselbe geistige Verrichtung, aber in dem engern Kreise, in welchem das Urtheil nach dem Gesetze sich zu bewegen hat.

Und hier kommen wir auf unsern ersten Grundsatz zurück. Der Schuldige soll beurtheilt werden nach seiner Handlung, nach dem was er gethan, folglich zu verantworten hat. Es ist seine Schuld, und nicht etwas Anderes, worauf die Strafe bezogen wird, und diese als nothwendig durch die Handlung in Thätigkeit gesetzte Gegenwirkung soll eben darum der Schuld entsprechen — es bestimmt sich dadurch das Maaß derselben als ein gerechtes. Die Aufgabe ist auf Grundlage der hier nicht unberücksichtigt zu lassenden Voraussetzungen und Umstände, unter welchen die Handlung Statt findet, und wodurch sich im Staate deren besondere Eigenschaft als eine mit dem Rechte unverträgliche ergiebt, zu ermitteln, was die Handlung, die Schuld des Individuums in Betreff

des geäußerten Willens und des eingetretenen Erfolges sey; also, die Grenze der Handlung und den Umfang der Verantwortlichkeit zu erkennen, wofür es allgemeingültige, von der Gesetzgebung anzuerkennende, nicht beliebig aufzustellende Regeln giebt. Damit ist zugleich die Bedingung, unter welcher allein Strafe erfolgen darf, und das (relative) Maaß gegeben. Relativ nennen wir es, nicht in dem oben erwähnten, hier ausgeschlossenen Sinn der Zufälligkeit, sondern in sofern das Positive seine nothwendige Natur offenbart, und danach der Werth der Handlung überhaupt und als bestimmt einzelner, grade jetzt und hier unter den obwaltenden Verhältnissen, so und nur so erscheint. Dies, als unvermeidliche Schranke des Endlichen, behauptet sich auch für die Strafe, in sofern diese als bestimmte Strafart und im äußerlichen Maaß hervortritt: auch deren Werth, welcher dem Werth der Handlung gleich seyn soll, damit der Schuldige erfahre was er verdient hat, ist dem Gesetze des Endlichen unterworfen, wozu noch kommt, daß, sowie die Handlung auch eine besondere Eigenschaft für den Handelnden hat, einen Werth für ihn (worunter hier etwas Anderes zu verstehen ist, als die Absicht, die er zu erreichen suchte, der Zweck, den er erstrebt), so auch die Strafe nach dem Grade seiner Empfänglichkeit, auf welche die ganze Persönlichkeit und Stellung des Individuums in der Gesellschaft Einfluß hat, einen gewissen Werth erhält. Allerdings kann uns weder das eine noch das andere, als der Subjectivität angehörend, das Gesetz und das Urtheil da bestimmen, wo dieses und jenes innerhalb der ihn überwiesenen Sphäre das Maaß festsetzen; denn hiefür ist die objective Rücksicht entscheidend. Allein es schließt dies nicht aus, daß bei der Beurtheilung auch jenes subjective Moment, wie es sich bei der Handlung zeigt, für die Strafbemessung und die Bestimmung eines

gerechten Verhältnisses zu seinem Rechte gelange. Das Ergebniß wird sich durch eine genauere Würdigung der Natur der Handlung, die als in der Welt der Erscheinung, in das Objective übergesetzte Subjectivität, von dieser letztern untrennbar ist und ihr wesentlich angehört, herausstellen. Die Gerechtigkeit fordert, daß auch diese berücksichtigt werde, aber nur so weit, als es im Begriff der Handlung, der Zurechnung, liegt.

Wenn dies im Ganzen zugegeben wird, wenigstens, sofern man auf die dem Rechte fremde Absicht Verzicht leistet, durch Drohung und Anwendung der Strafe einen andern Zweck zu erreichen, z. B. abzuschrecken, ein s. g. Exempel zu statuiren — so dürfen wir hier nicht den Einwand gelten lassen, es sey unmöglich für die heterogenen Größen, Verbrechen und Strafe, die selbst nicht zu berechnen wären, jenes Vermittelnde, den Werth, als in welchem sie gleich zu setzen wären, im Sinne der Gerechtigkeit zu bestimmen. Ich beziehe mich auf das oben und sonst Ausgeführte: man muß nur nicht die Natur des Positiven verkennen und die Aufgabe ihrem Gebiete entziehen. Das Princip behauptet seine Geltung, wenn auch eine absolute Gleichheit nicht erreicht werden kann, sowie im bürgerlichen Rechte für die Ausführung des niemals bezweifelten Grundsatzes des zu leistenden Schadens-Ersatzes, und wo sonst eine Bemessung gefordert wird, der Werth nach gegebenen aber keineswegs willkührlichen Voraussetzungen bestimmt wird. Darüber kann ich jetzt um so mehr einer weiteren Erörterung mich überheben, als ohnlängst dieser Gegenstand auf eine beachtenswerthe Weise von einem Schriftsteller aus Schweden, Christian Naumann, behandelt worden ist, welcher auch meine Beiträge seiner Aufmerksamkeit gewidmet, und namentlich in Betreff der Auffassung des Werthbegriffes

für das Strafrecht meine Ausführungen gegen die dabei vorkommenden Mißverständnisse und ungerechtfertigten Einwendungen von seinem Standpunkte aus vertheidigt hat [31]). Auch ist hier, namentlich wegen der Zurechnung und der damit in Verbindung stehenden Punkte, — man kann, da es sich hier um Begriffe handelt, von irgend einer Seite ausgehen und wird stets auf das Ganze geführt werden, — auf die verdienstlichen Schriften von Köstlin [32]) und Berner [33]) zu verweisen, welche, obschon im Einzelnen unter einander und von mir abweichend, doch in allen dem übereinstimmen, was als folgerichtiges Ergebniß des Gerechtigkeitsprincips sich herausstellt [34]), wie denn auch sonst es nicht an Vertretern dieser Grundsätze fehlt, und mit den Gegnern eine Verständigung zu erwarten ist.

Die Betrachtung schließe ich mit der Hoffnung, daß die Wissenschaft, unbeirrt durch die Behauptungen und Forderungen einer angeblichen öffentlichen Meinung, ihren Weg verfolge und der Wahrheit diene, indem sie ihrerseits beiträgt, dieselbe zum Bewußtseyn zu bringen und ihr Anerkennung zu verschaffen. Sie

---

31) Ueber die Strafrechtstheorie und das Pönitentiarsystem. Von Christian Naumann, Ph. Dr. J. U. C., der Königl. Universität zu Lund Secretär und Syndicus. Aus dem Schwedischen übersetzt und mit einem bevorwortenden Schreiben von Prof. Dr. C. N. David, Königl. Dänischem General-Inspekter des Gefängnißwesens ꝛc. Leipzig 1849. — besonders S. 11 fg. 22 fg. 43 fg. Not. 38.

32) Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts. Tübingen 1845.

33) Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre. Berlin 1843. Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen. Berlin 1847.

34) Meine Abhandlungen in den kritischen Jahrbüchern für deutsche Rechtswissenschaft. J. 1845. S. 289 fg. und J. 1848. S. 97 fg.

ist den Bestrebungen der neuern Zeit nicht fremd geblieben, sie hat dem Recht der Gegenwart ihre Theilnahme nirgends entzogen, vielmehr diesem vorgearbeitet; sie hat dasselbe geltend zu machen; sie ist aber zugleich berufen, den nur theilweilweise und scheinbar berechtigten Forderungen Maaß und Ziel anzuweisen.

Von der Gesetzgebung verlangen wir, daß sie die Wahrheit anerkenne, und was die Ausführung des Grundsatzes der Gerechtigkeit nach der hier behandelten Seite ihrer Aufgabe betrifft, daß sie auf organische Weise und in Festhaltung der geschichtlichen Grundlagen das Rechte bestimme, wie es nach einem von ihr nicht erst aufgestellten, sondern für sich nothwendigem Gesetze zu gelten Anspruch hat, und dabei, ihre Grenzen innehaltend, der gerechten Beurtheilung die gebührende Freiheit gestatte. Mag es seyn, daß wir in eine neue Periode der Entwicklung treten, daß zufolge veränderter, selbst durch eine nothwendige Entwicklung herbeigeführter Verhältnisse Vieles auch in der Strafgesetzgesetzgebung anders als bisher zu bestimmen ist: wir haben das Bedürfniß schon früher erkannt und ausgesprochen, ehe die plötzlich in die Erscheinung getretenen politischen Umgestaltungen eine Reihe wohlbegründeter Forderungen theils die Erfüllung, theils die Verheißung gebracht, neben denen sich Uebertreibungen äußern, welchen im Interesse des Rechts zu begegnen Pflicht ist. Aber die Wahrheit ist noch in diesem Gebiete eine alte und nicht von heute, und noch weniger darf zugestanden werden, daß die geistige Arbeit einer langen Zeit als etwas Vergebliches und Unberechtigtes betrachtet und der Zufälligkeit des Augenblicks Preis gegeben werde, der überhaupt nicht, und vollends jetzt nicht, eine schöpferische Kraft hat, wenn er sich außerhalb des wesentlichen Zusammenhanges behaupten will, der nach dem

innern Entwicklungsgesetze Statt findet. Dieser Zusammenhang macht sich doch mit Nothwendigkeit gegen willkührliches Losreißen geltend, und mindestens die Wissenschaft muß ihn festhalten, welche keinem ihr fremden Zwecke dienstbar seyn darf. Unsre Zeit sucht, und gewiß mit gutem Grunde, auch das Recht der Subjectivität zur Anerkennung zu bringen; aber es ist die Gefahr der Einseitigkeit nahe, und es muß das Objective nicht minder in seinem Rechte gewahrt werden, insbesondere gegen die Meinung, daß es erst ein Erzeugniß der Subjectivität sey, wozu ein Verkennen der Natur und Bestimmung der Gesetzgebung so leicht führt.

XXII.

Ueber Begriff, Umfang und Eintheilung der Unterschlagung.

Von
Hepp.

§. 1.

Kaum sollte man meinen, daß bei einem so häufig vorkommenden Verbrechen, wie die Unterschlagung ist, die neueren deutschen Gesetzgebungen über den Begriff und Umfang, die Arten und Eintheilungen derselben noch im Unklaren seyn könnten. Und doch verhält es sich in der Wirklichkeit so. Mit Hülfe der Kritik wird es vielleicht gelingen, diesen Punkt ins Klare zu bringen.

Wir heben mit den Bestimmungen des Baier'schen Str. G. B. an, welche so lauten: Art. 229:

„Wer eine Sache für einen Andern in Besitz oder Gewahrsam hat [1]), und sich dieselbe rechtswidrig zueignet, ist der Unterschlagung des Anvertrauten [2]) schuldig".

1) im Gegensatz des Art. 209 vom Diebstahl: „in seinen Besitz nimmt".

2) also der Untreue, Veruntreuung.

Art. 230:

„Diese That ist für vollendet zu erachten, sobald der Besitzer [3]) die *ihm anvertraute Sache* dem zur Zurückforderung Berechtigten wissentlich abläugnet, oder dieselbe ganz oder theilweise verbraucht, oder sonst eine Handlung, wozu blos der Eigenthümer berechtigt seyn kann, damit vorgenommen hat”.

Art. 362:

„Wer Gelder oder geldwerthe Sachen, welche ihm *vermöge eines öffentlichen Amts* zur Verwahrung, Verwaltung oder Ablieferung an eine andere Behörde untergeben sind, *treulos* sich selbst zueignet, es seyen die *anvertrauten* Sachen Staats- oder Privateigenthum, es sey diese Unterschlagung (des Anvertrauten, Art. 229) in der Absicht und Hoffnung dereinstiger Wiedererstattung geschehen oder nicht, wird seines Dienstes entsetzt ꝛc.”.

Hiernach (denn weitere Bestimmungen kommen über dieses Verbrechen nicht vor) beschränkt sich nach Baier'schem Str. G. B. die Unterschlagung auf die *Untreue oder Veruntreuung*, also auf diejenigen Fälle, welche die gemeinrechtliche Doctrin erschwerte oder qualifizirte Unterschlagungen nennt, und in die Privat-Veruntreuung und die Untreue im Amt theilt. Für die *einfache* Unterschlagung ist somit in dem Baier'schen Str. G. B. gar nicht gesorgt. Man muß daher, wenn nicht eine Lücke in der Gesetzgebung angenommen werden soll, die dazu gehörigen Fälle bei *andern* Verbrechen suchen. Wirklich findet sich im Art. 212 unter der Ueberschrift: „Diebstahl” folgende Bestimmung:

3) im weiteren Sinn, sey er juridischer Besitzer oder (wie regelmäßig) bloßer Detentor. Denn der Art. 229 sagt: „in *Besitz oder Gewahrsam* hat.”

„Wer eine verlorne Sache findet, und um sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, dem sich meldenden Eigenthümer oder Verlierer vorenthält, oder innerhalb acht Tagen seinen Fund weder der Obrigkeit anzeigt, noch dem Publicum bekannt macht, ist des Diebstahls schuldig."

Damit ist allerdings Eine Lücke ausgefüllt; aber theils giebt es noch andere Fälle der bisher s. g. einfachen Unterschlagung, welche das Baier'sche Str. G. B. nicht berücksichtigt hat, theils verstößt es doch zu sehr wider die öffentliche Meinung, den unehrlichen Finder geradezu einen Dieb zu nennen und als solchen zu behandeln! Ja wenn die Anmerkk. zum Baier'schen Str. G. B. Th. 2. S. 97 den Unterschied zwischen der Unterschlagung (d. h. Untreue) und dem Diebstahl dahin bestimmen, daß „der Diebstahl durch Zueignung einer in fremder Gewahrsam befindlichen Sache, die Unterschlagung (Untreue) dagegen durch Zueignung einer schon in des Uebertreters Gewahrsam stehenden Sache geschehe" — so könnte es nicht einmal einen Funddiebstahl geben, wie ihn doch der Art. 212 begriffsmäßig anerkennt. Denn eine wirklich (im juridischen Sinn) verlorne Sache befindet sich nicht mehr in der Gewahrsam des Eigenthümers oder sonstigen Verlierers. Eine Sache, bemerkt Hufnagel[4]) ist „im rechtlichen Sinne nur dann verloren, so daß durch ihre Unterschlagung ein Funddiebstahl[5]) begangen wird, wenn der Besitzer und Eigenthümer nicht weiß, wo sie ist, und wenn sie auch nicht mehr in seiner Gewahrsam ist. Befindet sie sich innerhalb des Bezirks, welchen der Verlierende im Besitz hat, oder auf

4) Das Württembergische Str. G. B. S. 368.

5) Diese Bezeichnung ist nach Art. 348 des Württ. Str. G. B. unrichtig. Es sollte heißen: Fundunterschlagung. Hufnagel braucht den Ausdruck des gemeinen Lebens.

einem bestimmten Platz, welcher nur genau durchsucht zu werden braucht, um die (im gemeinen Leben so genannte) verlorne Sache wieder zu finden, so hat der Verlierende sie noch in seiner Gewahrsam; sie ist daher nur im Sinne des gemeinen Lebens, nicht im rechtlichen Sinne eine verlorne, und es wird durch deren widerrechtliche Zueignung ein Diebstahl [6]) begangen". So bemerkt auch Mittermaier zu Feuerbach's Lehrbuch S. 510, daß es keine Unterschlagung, sondern ein Diebstahl sey, wenn Jemand eine Sache in dem Hause (überhaupt auf dem Grund und Boden) eines Andern, die dieser dort (im Sinne des gemeinen Lebens) verlor, finde und sich rechtswidrig zueigne. Kurz, was man nur verlegt, verkramt, aus den Augen verloren, was sich versteckt hat rc., ist noch nicht als verloren im juridischen Sinn zu betrachten. Soll daher zu den Anmerkk. zum Baierschen Str. G. B. ein Diebstahl nur durch Zueignung einer in fremder Gewahrsam befindlichen Sache begangen werden, so könnte es hiernach keinen Funddiebstahl geben, wie ihn doch das Baier'sche Str. G. B. aufstellt.

Durch die Bestimmung des Art. 212 vom Funddiebstahl sind aber nicht einmal alle seither zur s. g. einfachen Unterschlagung gezählten Fälle erschöpft. In dieser Beziehung suchen nun die Anmerkk. zu Art. 229, Th. 2 S. 147, auf ihre Art, d. h. gegen den klaren Wortlaut und Sinn des Art. 229:

„Wer eine Sache für einen Andern in Besitz oder Gewahrsam hat, rc. . . . macht sich der Unterschlagung des Anvertrauten (einer Untreue, Veruntreuung) schuldig",

6) und zwar kein Funddiebstahl, sondern schlechtweg ein Diebstahl wie jeder andere, im Gegensatz von der weit milder beurtheilten Fundunterschlagung (Art. 348).

nachzuhelfen. Sie bemerken nämlich: „Gewöhnlich kommt die Unterschlagung bei anvertrauten Sachen vor, und trägt dann den Charakter einer Untreue an sich. Sie ist aber auch bei Sachen denkbar, welche dem Innehaber nicht für einen Andern anvertraut worden, und sich ohne den Willen des Berechtigten in der Detention des Verbrechers befinden. Beispiele sind die zugelaufenen Thiere, sodann die zwar nicht gefundenen und verlornen, jedoch vom Innehaber auf eine ihm unbekannte, übrigens nicht widerrechtliche Art in Gewahrsam erhaltenen Sachen, z. B. wenn der Dieb die gestohlnen Sachen einem Dritten in die Tasche schiebt, und dieser sie hernach abläugnet; desgleichen derjenige, welcher als vermeintlicher Erbe den Besitz der Erbschaft erlangt hat, und nach gemachter Erfahrung daß die Erbschaft einem Andern gehöre, an den ihm eigentlich nicht von einem Andern anvertrauten Erbschaftsstücken eine Unterschlagung begeht". Diese und noch andere Fälle der (einfachen) Unterschlagung passen freilich weder zum Funddiebstahl des Art. 212, noch zur Unterschlagung des Anvertrauten, Art. 229; mit andern Worten: man hat sie bei der Abfassung dieser Artt. völlig übersehen. Aber die Anmerkk. subsumiren sie gleichwohl unter die Veruntreuung des Art. 229, bilden also daraus den allgemeinen (Gattungs-) Begriff der Unterschlagung, mit Ausnahme der gesetzlich zum Diebstahl gezählten Unterschlagung eines Fundes.

Gestützt auf diese Eigenmacht der Anmerkk. zu Art. 229 zieht Gönner [7]) unter diesen Artikel auch das Finden und Behalten eines Schatzes, weil der Art. 212 vom Funde verlorner Sachen (Funddiebstahl) hierauf nicht passe. Denn, sagt er, Schätze werden zwar auch gefunden, gehören aber ihrem Begriffe nach nicht zu den verlornen

---

7) Jahrbücher der Gesetzgeb. für Baiern, Th. 1. S. 229.

Sachen. Dies ist allerdings richtig. Eine verlorne Sache ist eine res alicujus, ein Schatz dagegen eine res nullius. Allein paßt darum die Unterschlagung eines Schatzes besser zu der Untreue oder Veruntreuung des Art. 229? Indeß meint Gönner, nach den Anmerkungen sey dieser Art. nicht auf anvertraute Sachen zu beschränken — und die Anmerkk. haben ja gleiche Gesetzeskraft wie der Text! Er sieht aber doch selbst das Mißliche dieser Aushülfe ein, indem er bemerkt, daß die Gesetzgebung die Untreue und die (einfache) Unterschlagung von einander trennen, d. h. mit verschiedener Strafe bedrohen sollte. Denn dort beruhe das Moment der Strafbarkeit hauptsächlich in der Verletzung der schuldigen besonderen Treue, bei dieser mehr in der allgemeinen Rechtsverbindlichkeit, nicht wissentlich und widerrechtlich sich fremdes Gut anzueignen. Dies bringt auch schon die Analogie vom Diebstahl mit sich. Alle Gesetzgebungen zählen Diebstähle, durch welche eine besondere Treue verletzt wird, z. B. die Hausdiebstähle, oder an Sachen, welche dem Schutze des Publicums anvertraut sind, zu den erschwerten oder ausgezeichneten Diebstählen, im Gegensatz der einfachen. Dem entsprechend müssen z. B. auch Haus-Unterschlagungen (als Veruntreuungen) verhältnißmäßig strenger als einfache Unterschlagungen gestraft werden.

Ganz unklar heißt es aber in den Anmerkk. zu Art. 212, Th. 2. S. 99, daß die Zueignung einer gefundenen Sache „von der Seite betrachtet, daß der Thäter die Sache schon in seiner Gewahrsam gehabt habe, mehr eine Unterschlagung als ein eigentlicher Diebstahl sey, der Gesetzgeber aber überwiegende (?) Gründe gehabt habe, auch hierauf die Strafe des Diebstahls anzuwenden". Wie kann man von dem Finder einer Sache sagen, daß er dieselbe schon in seiner Gewahrsam gehabt habe, da er sich ja erst (gleich dem Diebe) in den

Besitz oder in die Detention derselben setzt? Oder soll etwa, wie nach den Anmerkk. zum nachfolgenden Art. 213 — wovon weiter unten — ausgedrückt werden, daß die rechtswidrige Zueignung einer gefundenen Sache je nach den Umständen Diebstahl oder nur Unterschlagung seyn könne, das Gesetz aber diese Unterscheidung nicht anerkennt, sondern gleichmäßig alle Fälle als Diebstahl bedroht habe? Man könnte nämlich sagen: hat der Finder gleich bei der Besitzergreifung des Fundes die Absicht der widerrechtlichen Zueignung, so nimmt er wie der Dieb, der sich in den Besitz einer fremden Sache setzt, eine *contrectatio rei animo domini* vor; seine Handlung ist daher Diebstahl. Hebt er dagegen die Sache in ehrlicher Absicht auf, ändert aber, nachdem er sie solchergestalt in seiner Gewahrsam gehabt hat", den animus und entzieht sie dem Eigenthümer, so ist dies nur Unterschlagung. Diese Unterscheidung wäre aber ungegründet. Mag auch in jenem Falle der unredliche Finder hinsichtlich der Besitzergreifung dem Diebe gleich stehen, so hat er doch den Eigenthümer nicht aus der Detention seiner Sache gesetzt, sondern dies hat der Verlierende selbst gethan; und mag auch in dem zweiten Falle wahr seyn, daß der Thäter die Sache schon in seiner Gewahrsam gehabt habe, ehe er sie sich aneignete, so könnte doch nicht von einer Unterschlagung des Anvertrauten, welche der Text des Baier. Str. G. B. (Art. 229) allein anerkennt, die Rede seyn. Ueberhaupt ist es nach der Natur der Sache gleichviel, wann der Finder die Absicht der Aneignung, ob früher oder später, gehabt hat; seine Handlung muß daher immer entweder Diebstahl, oder wenn sie kein Diebstahl seyn kann, einfache Unterschlagung seyn [8]).

---

8) Was hier entscheidend ist, ist die Beschaffenheit der Sache, nämlich ihre Eigenschaft als verlorne Sache, wie beim Schatz die einer herrenlosen Sache.

Gleichwohl scheint den Anmerkk. jene Unterscheidung vorgeschwebt zu haben, indem sie zu Art. 213 bei Entwendungen von „Erben, Gesellschaftern oder Miteigenthümern an der gemeinschaftlichen Sache" in ähnlicher Weise unterscheiden. Eine solche Entwendung, sagen die Anmerkk., ist Diebstahl, wenn der Entwender die Sachen oder die Kasse nicht schon vorher in seiner Gewahrsam hatte; hatte er sie dagegen vorher in Gewahrsam, so macht er sich daran, soviel die Entwendung seinen Antheil übersteigt, nur einer Unterschlagung (Veruntreuung) schuldig. Der Gesetzgeber hat aber auch hier überwiegende (?) Gründe gehabt, beide Fälle als Diebstahl zu behandeln! Bequemer ist es freilich für den Richter, wenn der Gesetzgeber in denjenigen Verhältnissen, wo die Handlung je nach den Umständen Diebstahl oder nur Veruntreuung seyn kann, z. B. auch bei Entwendungen im Hause, unter Ehegatten oder nahen Verwandten ꝛc., diese Unterscheidung abschneidet, weil die Entscheidung der Frage: ob anzunehmen sey, daß der Thäter die Sache in seiner Gewahrsam gehabt habe, dem Richter im Einzelnen (in concreto) oft große Schwierigkeiten bereitet, wenn auch das Prinzip der Entscheidung (in abstracto) keine Schwierigkeiten hat [9]). Allein ein solches Durchgreifen wäre nur auf Kosten des Rechts möglich.

Wir fassen hiernach das Resultat der bisherigen Untersuchungen kurz dahin zusammen: das Baier'sche Str. G. B., indem es nach dem Gesetzestext nur eine Unterschlagung des Anvertrauten kennt, die Unterschlagung gefundener Sachen zum Diebstahl zählt, und in andern Fällen eine Unterscheidung zwischen Diebstahl

9) Hufnagel, Comment. zum Württ. Str. G. B. Th. 3. S. 459—461.

und Veruntreuung gar nicht zuläßt, ist in dieser Lehre eben so lückenhaft und unverständig, als die von den Anmerkk. zu Art. 229 und dann weiter von Gönner gemachte Ausdehnung des Begriffs der Veruntreuung auf die Unterschlagung überhaupt im hohen Grade bedenklich, ja geradezu verwerflich ist.

§. 2.

Je mehr Gönner selbst, der Mitarbeiter an den Anmerkk. zum Baier'schen Str. G. B., das Mißliche jener Ausdehnung erkannte, um so interessanter wird es seyn, die von ihm in seinem berühmt gewordenen Entwurfe vom J. 1822 vorgeschlagenen Verbesserungen zu betrachten. Der Art. 303 dieses Entwurfs definirt die Unterschlagung so:

„Wer eine fremde bewegliche Sache in seinem Besitz oder Gewahrsam hat [10]), und diese sich rechtswidrig in der Absicht zueignet, sie dem Eigenthümer zu entziehen, ist der Unterschlagung schuldig".

Diese Begriffsbestimmung ist allerdings weiter als die des Art. 229 des Baier'schen Str. G. B. Denn 1) heißt es jetzt nur „in seinem Besitz oder Gewahrsam hat", während es dort heißt: „für einen Andern in seinem Besitz oder Gewahrsam hat". Es fallen daher unter den Art. 303 des Gönner'schen Entwurfs jetzt auch die in den Anmerkk. zum Baier. Str. G. B. (§. 1) genannten Fälle, wo der Thäter vorher die fremde Sache in seiner Gewahrsam hatte, ohne sie aber für einen Andern (den Verletzten) inne zu haben. Eben daher heißt es 2) jetzt nur: „ist der Unterschlagung schuldig", während

10) Im Art. 209 vom Diebstahl heißt es dagegen: „eigenmächtig in seinen Besitz nimmt."

es im Art. 229 des Str. G. B. heißt: „ist der Unterschlagung des Anvertrauten schuldig". Kurz, statt der Untreue oder Veruntreuung des Baier'schen Str. G. B. ist hier, wie es scheint, der Begriff der Unterschlagung überhaupt aufgestellt worden, und damit eine wesentliche Lücke ausgefüllt.

Eine zweite Abweichung des Gönner'schen Entwurfs besteht darin, daß die widerrechtliche Zueignung eines Fundes nicht mehr unter den Begriff des Diebstahls, sondern der Unterschlagung gestellt ist. Denn es heißt dort:

„Wer eine Sache findet, und diese dem sich meldenden Eigenthümer oder Verlierer vorenthält, oder nicht innerhalb acht Tagen, nachdem die (eine) Aufforderung des Finders (an den Finder) geschehen ist, den Fund anzeigt, macht sich der Unterschlagung schuldig".

Man kann dies nur billigen, weil es an einem wesentlichen Erfordernisse des Diebstahls fehlt, um diese Handlung zum Diebstahl zu zählen, und es zugleich an genügenden Gründen fehlt, um sie ausnahmsweise mit der Strafe des Diebstahls zu bedrohen. Dagegen ist die Begriffsbestimmung, welche der Art. 303 von der Unterschlagung überhaupt aufstellt, immer noch zu eng. Denn es paßt darunter weder die Unterschlagung eines Fundes, noch die eines Schatzes. Nun hat zwar Art. 304 jenen Fall noch nachträglich hervorgehoben; eines Theils ist aber nicht einzusehen, weshalb der Art. 303 es nicht vorgezogen hat, den Begriff der Unterschlagung so zu erweitern, daß schon der Richter darunter die widerrechtliche Zueignung eines Fundes subsumiren könnte; andern Theils läßt sich die widerrechtliche Aneignung eines Schatzes weder unter den Art. 303 von der Unterschlagung, noch unter den Art. 304 von der Unterschlagung (d. h. eines Fundes) subsumiren. Denn wer einen Schatz auf

fremdem Grund und Boden findet, und sich denselben sogleich animo domini aneignet, hat denselben nicht schon vorher in seiner Gewahrsam gehabt; und wenn gleich Schätze gefunden werden, so gehören sie doch nicht zu den verlornen Sachen, wie Gönner selbst zugiebt. Ja es kann selbst zweifelhaft seyn, ob die widerrechtliche Aneignung von fremdem Vieh, welches Jemandem zugelaufen, von fremden Tauben, die ihm zugeflogen, von fremdem Gut, welches ihm im Wasser zugeflossen ist rc., unter den Art. 303, oder ob sie unter den Art. 304 zu subsumiren sey, was von praktischer Bedeutung ist, wenn daß Gesetz die Fundunterschlagung milder als andere Arten der Unterschlagung beurtheilt. Allerdings kann man sagen, daß hier der Unterschlager die fremde Sache, wenn gleich ohne seinen Willen, in seiner Gewahrsam hatte (Art. 303); allein auf der andern Seite kann man auch mit Hufnagel[11]) sagen, daß es Sachen sind, die der Eigenthümer verloren hat, und daß es auf die Art und Weise, wie man eine Sache verliert, nicht ankommen kann. Vom Standpunkte der öffentlichen Meinung wird man ihm darin vollkommen Recht geben müssen. Wie dem aber auch seyn mag, so kann die Unterschlagung eines Schatzes oder sonstiger herrenloser Sachen, die sich der Thäter nicht zueignen durfte, nirgend untergebracht werden. Die Begriffsbestimmung des Art. 303 ist aber nicht nur mit Rücksicht auf diesen Fall, sondern auch auf die Unterschlagung eines Fundes zu eng ausgefallen, indem diese begrifflich nicht besonders hervorgehoben zu werden brauchte, wenn der Art. 303 eine weitere Fassung erhalten hätte. Gleichwohl ist ein gewisser Fortschritt hier nicht zu verkennen.

---

11) Commentar Th. 3. S. 461.

§. 3.

Das Hannover'sche Str. G. B. hat sich nicht einmal diesen Fortschritt des Gönner'schen Entwurfs, wenigstens nicht vollständig, angeeignet. Dasselbe definirt nämlich im Art. 304 die Unterschlagung (also den Gattungsbegriff) so:

„Wer eine fremde bewegliche Sache für einen Andern in seinem Besitze oder Gewahrsam hat[12]), und sich dieselbe mit rechtswidrigem Vorsatze aneignet, ist der Unterschlagung schuldig".

Da hier aus dem Baier'schen Str. G. B. die Worte: „für einen Andern" beibehalten sind, so hätte es mit diesem Gesetzbuch auch am Schlusse heißen sollen: „ist der Unterschlagung des Anvertrauten", also der Untreue, Veruntreuung, schuldig. Oder glaubte das Hannover'sche Str. G. B., daß durch die Weglassung der Worte: „des Anvertrauten" die Begriffsbestimmung eine weitere seyn werde? Dies wäre, da es ausdrücklich heißt: für einen Andern (detinirt), natürlich nur eine Täuschung! Alle Einwendungen gegen den Art. 229 des Baier'schen Str. G. B. treffen daher auch den Art. 304 der Hannover'schen Gesetzgebung.

Dagegen hat dieselbe, in Uebereinstimmung mit dem Gönner'schen Entwurfe, die rechtswidrige Zueignung eines Fundes von den Fällen des Diebstahls ausgeschlossen. Da aber der unehrliche Finder „die Sache nicht für einen Andern in Gewahrsam hat" (Art. 304), so müßte durch eine besondere Bestimmung dieser Fall den Unterschlagungen zugewiesen werden. Der Art. 305 lautet demgemäß so:

---

12) Vom Diebstahl heißt es dagegen: „in seinen Besitz nimmt."

„Wer eine Sache findet, von der er vernünftigerweise nicht annehmen konnte, daß der Eigenthümer sie aufgegeben habe, und sich solche rechtswidrig zueignet, macht sich der Unterschlagung gefundener Sachen schuldig".

Hiernach giebt es zwei Arten der Unterschlagung, die Unterschlagung schlechtweg (Art. 304), und die Unterschlagung gefundener Sachen (Art. 305), was aber logisch unrichtig ist. Denn die Fundunterschlagung ist nur eine Art der einfachen Unterschlagung, und den Gegensatz von der einfachen Unterschlagung bildet die Veruntreuung als erschwerte Unterschlagung, welche im Art. 304 nicht so, sondern schlechtweg als „Unterschlagung" bezeichnet wird.

Wenn es indeß gestattet ist, aus der Hauptthätigkeit Bauer's an der Abfassung des Hannover'schen Str. G. B. einen Schluß auf den Sinn der Artt. 304 und 305 zu ziehen, so wollte der Gesetzgeber im Art. 304 sich nicht auf eine Begriffsbestimmung von der Veruntreuung beschränken (obgleich es ausdrücklich heißt: „für einen Andern in Gewahrsam hat"), sondern eine solche von der Unterschlagung überhaupt aufstellen, und die Fund-Unterschlagung nur in sträflicher Hinsicht, d. h. als einen milder zu beurtheilenden Fall hervorheben — so wenig es auch auf den Finder paßt, daß er „für einen Andern die fremde Sache in Gewahrsam haben" soll! In seinem Lehrbuch des Strafrechts §. 264 bemerkt nämlich Bauer: zur Unterschlagung, im Gegensatz vom Diebstahl, gehöre, daß der Gegenstand derselben „eine in der Inhabung des Thäters befindliche fremde Sache sey". Auf die Art, wie der Thäter zu dieser Inhabung gelangt sey, komme es hinsichtlich des Thatbestandes nicht an. Mithin gehöre hieher auch die Unterschlagung zufällig in die Detention des Thäters

Entwurfe (§. 2), als ein offenbarer Rückschritt zum Baierschen Str. G. B. zu betrachten.

§. 4.

Indem wir jetzt auf die Bestimmungen des Sächsischen Str. G. B. übergehen, wird es zweckmäßig seyn, denselben die eigenthümlichen Ansichten Tittmann's, in dessen Lehrbuch §. 510 und Entwurf eines Str. G. B. für das Kgr. Sachsen §. 1179 — 1213 (also 33 Artikel!) voraufzuschicken, weil dieselben unzweifelhaft von dem Sächsischen Gesetzgeber berücksichtigt worden sind.

Bei den Betrügereien durch Unterdrückung der Wahrheit unterscheidet Tittmann drei Fälle, die er Veruntrauung (ein Provinzialismus, welcher auch noch im Sächsischen Str. G. B. vorkommt), Unterschlagung und Vorenthaltung nennt, und zwar in folgender Weise:

1) Veruntrauung (defraudatio) ist unrechtmäßige Entziehung einer in gutem Glauben überliefert erhaltenen Sache, z. B. wenn der Depositar die ihm übergebene Kiste erbricht, und Sachen aus ihr herausnimmt, der Pfandgläubiger das Pfand verbraucht, der Drescher während seiner Arbeitszeit Getreide entwendet, der Handwerker von dem zur Verarbeitung überlassenen Material zurückbehält ꝛc.

2) Die Unterschlagung (interversio) setzt genau genommen (?) eine Sache voraus, die der Eigenthümer noch gar nicht im Besitz gehabt hat, und von deren Daseyn er gar nichts weiß. Sie begreift mithin eine heimliche Innebehaltung einer Sache, die dem Betrüger zur Ablieferung an den Andern übergeben worden war, z. B. wenn der Rechnungsführer verschiedene Posten der Einnahme unangesetzt läßt, der

Oekonomieverwalter mehrere eingeerntete Erzeugnisse verschweigt rc. [14]).

3) Die Vorenthaltung besteht in dem unrechtmäßigen und vorsätzlichen Zurückbehalten einer zufällig in Besitz bekommenen Sache, wie dies bei der Unterlassung der Herausgabe einer verloren gegangenen Sache der Fall ist (s. g. Funddiebstahl, furtum interventionis). Diese letzte Art der Betrügereien ist die am wenigsten schwere, weil der Betrüger entweder blos zufällig in den Besitz der Sache kommt, oder wenn er auch zum Suchen verloren gegangener Sachen übergegangen seyn sollte, sich doch keines Mißbrauchs des Vertrauens Anderer (wie bei der Veruntrauung und der Unterschlagung) zu Schulden kommen läßt.

Aehnlich unterscheidet das Sächsische Str. G. B. zwischen „Vorenthaltung des Gefundenen" (Art. 341) und einfacher (Art. 342), qualifizirter (Art. 343) und privilegirter (Art. 344) „Veruntrauung", unter welche auch die s. g. Unterschlagung im Sinne Tittmann's begriffen zu seyn scheint. Der einfachen Veruntrauung macht sich nach Art. 342 schuldig:

„Wer eine fremde bewegliche Sache in seinem Besitz oder Gewahrsam oder zu verwalten hat, und irgend eine Handlung [15]) vornimmt, woraus die rechtswidrige Aneignung der Sache entweder an sich, oder nach den übernommenen besonderen Verpflichtungen sich ergiebt";

---

14) Daß eine Unterschlagung (Veruntreuung) auch durch intellektuelle Urkundenfälschung (Rechnungsfälschung) begangen, oder vielmehr verdeckt werden kann, so daß also Unterschlagung und Fälschung concurriren, ist gewiß. Wer hat aber außer Tittmann wohl jemals den Begriff der Unterschlagung hierauf beschränkt?

15) also auch im Sinne der Tittmann'schen Unterschlagung, die ihrem Wesen nach ja auch zur Untreue gehört.

der qualifizirten, wenn (Art. 343) Subject der Veruntrauung sind:

> „Staatsdiener, Gemeindebeamte, Patrimonialgerichtsverwalter, Advocaten und Notare, Vormünder, und überhaupt alle Personen, welche zu dem Geschäft, in Ansehung dessen sie sich einer Veruntrauung schuldig gemacht haben, von einer öffentlichen Behörde besonders verpflichtet worden sind".

Das Sächsische Gesetz gestattet nämlich auch Privatpersonen, ihre Privatdiener, z. B. Rechnungsführer, Verwalter, in Beziehung auf die ihnen anzuvertrauenden Geschäfte verpflichten zu lassen. Sind solchergestalt Privatdiener besonders beeidigt worden, so stehen sie den von Amts wegen zu beeidigenden öffentlichen Dienern, Vormündern rc. gleich, d. h. sie sind, wie diese, wegen qualifizirter Veruntrauung (Veruntreuung im Amte oder öffentlichen Dienste) strafbar. Ohne eine solche besondere Beeidigung würden sie mithin nur unter den Art. 342 (von einfacher Veruntrauung) fallen, während der Deputationsbericht der II. K. [16]) der Ansicht ist, daß sie dann die Strafe des einfachen Betrugs nach Art. 245 treffe. Dieser Art. 245 muß auch sonst noch für manche Fälle der Unterschlagung aushelfen, für welche das Sächsische Str. G. B. nicht Vorsorge getroffen hat. Denn wer sich z. B. einen Schatz aneignet, oder ein von einem Andern angeschossenes, verendet gefundenes Stück Wild, kann so wenig nach Art. 342 wegen Veruntrauung, als nach Art. 341 wegen Vorenthaltung des Gefundenen gestraft werden, weil er diese Sachen weder zuvor in seiner Gewahrsam gehabt hat, noch dieselben zu den verlornen

---

6) Das Sächs. Criminalgesetzbuch bearbeitet von einem practischen Rechtsgelehrten, zweite Aufl. S. 167. Vgl. auch Günther's Sächs. Criminalgesetzgebung S. 133.

Sachen gehören. Sollen nun aber auf diese und andere, doch zur Unterschlagung gehörigen Fälle die Strafbestimmungen des Art. 245 über den einfachen Betrug (durch Unterdrückung der Wahrheit) in Anwendung kommen, so kann dies in keiner Weise gebilligt werden. Schon Gönner a. a. O. macht darauf aufmerksam, daß unter den Rechtsgelehrten wie unter den neueren Gesetzgebungen, z. B. dem Preußischen, dem Oesterreichischen und dem Französischen Str. G. B, eine Verschiedenheit der Ansicht darüber bestehe, worin das Hauptmoment für den Begriff der Unterschlagung liege, und mit welcher andern strafbaren Handlung, ob mit dem Diebstahl, dem Betrug, oder der Untreue[17]) sie die nächste Verwandtschaft habe? Bei dieser Frage, welche sich der Gesetzgeber vorzulegen und zu beantworten hat, kann es sich aber nicht von einer Zersplitterung des Begriffs der Unterschlagung handeln, indem z. B. ein Theil derselben zum Diebstahl, ein anderer zum Betrug gezählt wurde, oder wie sonst zerlegt und zerstückelt werden wollte; denn für ein solches Verfahren spräche kein anderer Grund als Willkür und Unvernunft. Sondern es kann sich bei der Entscheidung jener Frage (die auch bei andern Verbrechen, z. B. der Erpressung vorkommt) nur darum handeln, die Unterschlagung entweder mit dem Diebstahl in Verbindung zu bringen, weil das Hauptmoment bei derselben die Entwendung ist, oder mit dem Betrug, weil die Unterschlagung in Form einer Täuschung, sey es durch Verletzung einer schuldigen besondern Treue, oder des allgemeinen Vertrauens

17) Eine Untreue kann nicht blos durch Unterschlagung, sondern auch auf andere mannigfache Weise begangen werden, z. B. wenn man nur an die Prävarication (Untreue, Treulosigkeit der Anwälte) denkt. In diesem weiteren Sinn ist hier die Untreue zu nehmen.

schen Str. G. B. an einer allgemeinen Begriffsbestimmung von der Unterschlagung fehlt, die man doch schon nach Analogie des Diebstahls, des Betrugs, der Fälschung ꝛc. zu erwarten berechtigt wäre, indem alle Gesetzgebungen von diesen Verbrechen zuerst allgemeine Begriffsbestimmungen aufstellen und dann besondere hinsichtlich der einzelnen Arten derselben. Entweder giebt man sich nun der Täuschung hin, daß unter der Unterschlagung der Artt. 400 fg., d. h. der Unterschlagung des Anvertrauten, eine allgemeine Begriffsbestimmung von dem Verbrechen der Unterschlagung aufgestellt sey, somit keine Lücke in der Gesetzgebung zu besorgen sey, was aber eine sich widersprechende Voraussetzung ist; oder man giebt sich dieser Täuschung nicht hin, dann fragt es sich, ob der allgemeine Begriff der Unterschlagung durch die Zerlegung derselben in drei Arten, Unterschlagung des Anvertrauten (Untreue), eines Fundes, und eines Schatzes wirklich erschöpft sey?

Der Art. 400 des Badischen Str. G. B. bestimmt die s. g. Unterschlagung, d. h. des Anvertrauten, also die Veruntreuung, so:

„Wer fremde bewegliche Sachen, die ihm zur Bewahrung oder Verwaltung, oder in Folge eines andern die Verbindlichkeit zu deren Zurückgabe oder Wiederablieferung begründeten Rechtsgeschäfts anertrauet oder übergeben worden sind, in der Absicht sich zueignet, sie dem zur Zurückforderung Berechtigten ohne Ersatz [20]) zu entziehen, ist der Unterschlagung schuldig".

20) Hiernach kann sich jeder Veruntreuer der Strafe entziehen, wenn er nur die Absicht der Ersatzleistung hat. Eine herrliche Moral, die dem Volk gegeben wird! Nicht so weit geht doch Art. 345 des Württ. Str. G. B. (vgl. darüber dieses Archiv Jahrg. 1848 S. 525 fg.); aber die Crim. Novelle vom 13. Aug. 1849 hat dies im Art. 29 Abs. 2 u. 30 unverantwortlich ausgedehnt. Vgl. unten §. 9.

Diese Begriffsbestimmung ist noch vollständiger als die des Sächsischen Str. G. B. (§. 4), indem sie außer den Fällen des Anvertrauens zur Aufbewahrung oder zur Verwaltung noch einen dritten Fall setzt, z. B. wenn der Schneider den Empfang des zu verarbeitenden Tuchs, der Bote den Empfang des zu transportirenden Geldes wissentlich wahrheitswidrig abläugnen (Art. 401). Statt dieser Casuistik wird man sich aber mit der allgemeinen Formel des „Anvertrauens" begnügen können! Denn wozu braucht das Gesetz aus einander zu setzen, zu welchem Zweck Jemand einem Andern eine Sache anvertrauen kann? So viel erhellt aber aus der ganzen Fassung des Artikels, daß hier nur von Unterschlagung des Anvertrauten die Rede ist, mithin diejenigen Fälle, wo Jemand zufällig in den Besitz oder in die Detention einer fremden Sache kommt und sich dieselbe rechtswidrig zueignet (vgl. §. 1), nicht nach Art. 400 gestraft werden können. Das Badische Str. G. B. sucht indeß diese Lücke durch eine Erweiterung des Begriffs der Fundunterschlagung auszufüllen, indem es im Art. 407 heißt:

> „Wer eine fremde Sache findet, oder sonst zufällig in den Besitz einer fremden Sache kommt, ist der Unterschlagung (gefundener Sachen, wie die Ueberschrift lautet) schuldig, wenn der Eigenthümer 2c."

Diese Erweiterung des Begriffs verlorner (oder gefundener) Sachen, wonach z. B. auch die rechtswidrige Aneignung von zugelaufenem fremden Vieh, von angeschwommenem fremden Gut 2c. dem Art. 407 unterliegt, läßt sich nach dem Obigen wohl rechtfertigen. Allein andere ähnliche Fälle der Unterschlagung, z. B. wenn Jemand bona fide eine Erbschaft in Händen hat, später aber erfährt, daß er nicht der wahre Erbe sey, und sie dennoch nicht herausgiebt (unterschlägt), oder wenn sich Jemand ein von

einem Jagdberechtigten bereits geschossenes (erlegtes) Wild aneignet[21]), können hiernach nicht gestraft werden. Denn von einer Veruntreuung (Art. 400) ist hier natürlich nicht die Rede, aber auch nicht von einer verlornen Sache, wenn auch im weiteren Sinne des Art. 407. Um zu dieser gezählt zu werden, muß der Unterschlagende durch Zufall in den Besitz der fremden Sache gekommen seyn, dies paßt aber auf den ersten Fall nicht; und wenn eine Sache als verloren, wenn auch im weiteren Sinne, gelten soll, so muß sie fremdes Eigenthum (res alicujus) seyn, ein nur angeschossenes Stück Wild, welches davon läuft, und an einem andern Orte verendet, ist aber noch nicht in Besitz und Eigenthum des Jagdberechtigten übergegangen, mithin gleich dem Schatz (Art. 408), eine res nullius. In diesem Sinne hat sich auch der Eßlinger Gerichtshof[22]) kürzlich ausgesprochen.

Glaubt also der Gesetzgeber, daß er eine allgemeine Begriffsbestimmung von der Unterschlagung (wie sie doch bei dem verwandten Diebstahl, dem Betrug rc. vorkommt) dadurch entbehrlich mache, daß er je nach Beschaffenheit des Objects der Unterschlagung, näm-

---

21) Denn dies ist, wie Hufnagel, das Württ. Str. G. B. S. 368—69 bemerkt, weder Wilderei, noch Diebstahl, noch kann die Handlung unter die Artt. 344—49 des Württ. Str. G. B. subsumirt werden, weil auch hier eine allgemeine Begriffsbestimmung von der Unterschlagung fehlt. Das neue Gesetz über das Jagdwesen vom 17. Aug. 1849 Art. 13 Abs. 5 hat daraus ein selbstständiges, gerichtlich strafbares Vergehen gebildet, welches außer der Verpflichtung zum Schadensersatz mit Geldbuße bis zu zehn Gulden bedroht ist. Natürlich nimmt man jetzt dergleichen Beeinträchtigungen ganz leicht. Das Extrem der Jagdfreude hat zu dem Extrem des Jagdhasses geführt.

22) in Hufnagel's Commentar Th. 3 S. 472. Nur irrt der Gerichtshof darin, daß er behauptet, so wenig wie ein Diebstahl, eben so wenig könne eine Unterschlagung an einer herrenlosen Sache begangen werden. Wie könnte es dann eine Unterschlagung eines Schatzes geben?

lich je nachdem es eine anvertraute, eine verlorne Sache (wenn auch im weiteren Sinn), oder ein Schatz ist, drei Arten der Unterschlagung aufstellt, so täuscht er sich darin. Oder soll hier etwa, wie nach dem Sächsischen Str. G. B., durch die Strafbestimmungen über Betrug nachgeholfen werden?

Eben so wenig kann zugegeben werden, daß die Motive zu dem Badischen Entwurfe S. 107 fg. das Verhältniß der Unterschlagung zum Diebstahl richtig bestimmt haben. Sie äußern sich darüber folgendermaßen:

„Die Unterschlagung hat mit dem Diebstahl (das) gemein, daß sie ebenfalls nur an fremden beweglichen Sachen begangen werden kann [23]), und ihr Zweck ebenfalls in einer widerrechtlichen Zueignung der Sache besteht, (weshalb sie dem Diebstahl näher als dem Betrug steht). Sie unterscheidet sich aber von demselben (dem Diebstahl) wesentlich darin, daß da wo die widerrechtliche Zueignung Unterschlagung seyn soll, der Urheber (Thäter) die Sache bereits in seinem Besitz oder Gewahrsam haben mußte, während der Diebstahl wesentlich voraussetzt, daß sich die Sache zur Zeit der diebischen Bemächtigung in der Inhabung eines Andern befunden habe", welches letztere Moment auch in der zu Anfang dieses Paragraphen mitgetheilten Begriffsbestimmung des Diebstahls (Art. 376) ausgedrückt ist.

Man sieht, hier beginnt abermals die Verwechslung der Veruntreuung mit dem allgemeinen Begriff der Unterschlagung: Das angeblich allgemeine Merkmal des „bereits in seinem Besitz oder Gewahrsam habens" paßt nämlich: 1) nur auf die Veruntreuung; 2) auf

23) Heißt „fremd" in fremdem Eigenthum befindlich, so paßt dies auf die Unterschlagung eines Schatzes, eines vom Jagdberechtigten angeschossenen Wildes ꝛc. nicht.

vernünftigerweise nicht annehmen kann rc." keinenfalls unter diesen Artikel, noch weniger unter Art. 381 subsumirt werden kann, ist in dem Hessischen Str. G. B. gar nicht die Rede. Es sind somit die Lücken hier noch größer als in dem Badischen Str. G. B. Im Uebrigen wiederholen sich auch hier die gleichen Ausstellungen wie dort.

§. 7.

Hingegen das Braunschweig'sche Str. G. B. schließt sich mehr dem Baier'schen und dem Hannover'schen Str. G. B. an, aber mit wesentlichen Modificationen. Die Unterschlagung wird nämlich im Art. 200 so definirt:

> „Wer wissentlich eine fremde bewegliche Sache, die er in seinem Besitze oder Gewahrsam hat, widerrechtlich in gewinnsüchtiger Absicht sich aneignet".

Dieser Artikel begreift seiner Fassung nach nicht die Unterschlagung überhaupt, sondern nur die Veruntreuung und einige Fälle der einfachen Unterschlagung; letzteres darum, weil hier mit dem Gönner'schen Entwurf (§. 2) die Beschränkung des Baier'schen (und Hannover'schen) Str. G. B. „für einen Andern (im Besitz rc. hat) vermieden ist (§. 1 — §. 3). Weitere Fälle der Unterschlagung kennt das Braunschweig'sche Str. G. B. nicht. Denn selbst die widerrechtliche Zueignung eines Fundes ist dem Begriffe nach zum Diebstahl gezählt, und nur ausnahmsweise mit der milderen Strafe der Unterschlagung bedroht. Es heißt nämlich im Art. 223 mit der Ueberschrift: Funddiebstahl:

> „Wer sich eine gefundene Sache widerrechtlich zueignet, ist nach Maaßgabe des Werths derselben eben so, als ob er sie unterschlagen hätte, zu strafen".

Denn — so scheint man hier argumentirt zu haben — *wenn* das Wesen der Unterschlagung (oder vielmehr,

wenigstens vorzugsweise, der Veruntreuung) in der rechtswidrigen Aneignung einer Sache, die man bereits in seiner Gewahrsam hat, besteht, so paßt dies auf den unredlichen Finder nicht, weil dieser sich ja erst durch die Aneignung der Sache in den Besitz derselben setzt, also Dieb seyn muß, was freilich, wie sich später (§. 10) ergeben wird, ein Fehlschluß ist. Merkwürdig ist dabei, daß der Gesetzgeber es selbst verschmäht hat, mit dem Badischen Str. G. B. den Begriff einer „gefundenen" (oder verlornen) Sache durch den Zusatz: „oder in deren Besitz er sonst zufällig gekommen ist" zu erweitern, womit jedenfalls Controversen abgeschnitten worden wären. Von der widerrechtlichen Aneignung eines Schatzes ist eben so wenig die Rede. Soll daher auch dieser etwa unter den Begriff, und weil er nicht besonders hervorgehoben ist, zugleich unter die Strafe des Diebstahls fallen? Dann müßte aber erst gesetzlich ausgesprochen werden, daß Object des Diebstahls auch eine res nullius seyn könne, was bisher nicht angenommen wurde.

Hiernach steht das Braunschweig'sche Str. G. B. im Wesentlichen auf dem, doch schon von den Anmerkungen und von Gönner (§. 1) längst als ungenügend erkannten Standpunkte des Baier'schen Str. G. B., welches die Unterschlagung auf Veruntreuung beschränkt, und die Zueignung eines Fundes für Diebstahl erklärt. Nur der Unterschied besteht zwischen beiden Gesetzgebungen, daß der Art. 322 des Braunschw. Str. G. B. etwas mehr als die bloße Veruntreuung begreift. Dies bemerkt auch der Commissionsbericht [25]) in den Worten: der Art. 220 umfaßt Unterschlagungen, mit welchen meistentheils (also nicht ausschließlich) ein Vertragsbruch oder eine Verletzung des Vertrauens verbunden ist.

25) Vgl. das Braunschw. Str. G. B. mit Motiven und Ständischen Erläuterungen S. 341.

Ob dies für den Begriff und Umfang der Unterschlagung ausreiche, davon scheint keine Rede gewesen zu seyn.

§. 8.

Wiederum anders faßt der Preußische Entwurf v. J. 1847 die Sache auf. Dieser definirt vorerst im Art. 267 den Diebstahl so:

„Wer aus der Gewahrsam eines Andern ohne dessen Einwilligung eine fremde bewegliche Sache in der Absicht wegnimmt, (um) dieselbe sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen".

Im Gegensatze davon heißt es im Art. 272 von der Unterschlagung:

„Wer eine fremde bewegliche Sache, deren Besitz oder Gewahrsam er mit der Verpflichtung erlangt hat sie zu verwahren, zu verwalten, zurückzugeben oder abzuliefern, in rechtswidriger Absicht [26]) veräußert, verpfändet, verbraucht, oder auf andere Weise sich oder Andern zueignet, oder bei Seite schafft, macht sich einer Unterschlagung schuldig",

d. h. einer Unterschlagung des Anvertrauten, also einer Untreue, Veruntreuung. Der Art. 272 ist nämlich nur eine Umschreibung des kürzer und präciser gefaßten Art. 229 des Baier'schen Str. G. B.:

„Wer eine (fremde bewegliche) Sache für einen Andern im Besitz oder Gewahrsam hat, und sich

---

26) d. h., wie die folgenden Worte ergeben, in der Absicht der Zueignung. Denn so z. B. kann der Verpfänder bei der Verpfändung die Absicht der Wiedereinlösung der Sache gehabt haben, wie Escher vom Betrug und Fälschung S. 269 einen solchen Fall mittheilt. Daher sagt auch Art. 244 des Württ. Str. G. B.: „in der auf Zueignung gerichteten Absicht verpfändet", also um sie dem Pfandgläubiger an Zahlungsstatt zu überlassen. Hufnagel Comment. Th. 2 S. 465.

dieselbe rechtswidrig zueignet, ist der Unterschlagung des Anvertrauten schuldig",

womit freilich, wie im §. 1 nachgewiesen ist, die Unterschlagungsfälle lange nicht erschöpft sind.

Wenn nun aber der Gesetzgeber, wie nach Art. 272 des Preußischen Entwurfs — aber freilich ohne allen Grund — den Begriff der Unterschlagung auf bloße Veruntreuungen beschränkt, oder beide Begriffe als gleichbedeutend nimmt, so muß er dann auch bemüht seyn, die unvermeidlich dadurch entstehenden Lücken anderweitig auszufüllen. Theilweise hat dies auch der Preuß. Entwurf versucht, indem es in dem darauf folgenden Artikel (273) heißt:

„Einer Unterschlagung wird es gleich geachtet, wenn derjenige, welcher eine Sache gefunden, oder durch bloßen Zufall in seine Gewahrsam bekommen hat, dieselbe dem Eigenthümer zu entziehen sucht, indem er sie veräußert rc."

Formell ganz richtig ausgedrückt! Denn wenn sich die Unterschlagung begriffsmäßig auf die Fälle des Art. 272 beschränkt, so kann es daneben keine andern Unterschlagungsfälle geben. Während daher alle andern Gesetzgebungen die widerrechtliche Zueignung eines Fundes im weiteren Sinn entweder zum Diebstahl oder noch, aber erst nachträglich zur Unterschlagung zählen, betrachtet der Preuß. Entwurf diese Handlung als ein selbstständiges aber mit der Strafe der Unterschlagung zu bedrohendes Verbrechen, weil weder die Begriffsbestimmung des Art. 267 vom Diebstahl („aus der Gewahrsam eines Andern wegnimmt"), noch die des Art. 272 von der Unterschlagung (d. h. des Anvertrauten) darauf paßt. Denn es heißt ausdrücklich im Art. 273:

„Einer Unterschlagung (Art. 272) wird es *gleich geachtet*, *wenn* derjenige, welcher eine Sache gefunden rc."

womit ausgedrückt wird: dem Begriffe nach sey zwar die Handlung keine Unterschlagung, nämlich im Sinne des Art. 272, aber hinsichtlich der Strafbarkeit solle sie der Unterschlagung (des Anvertrauten) gleich gestellt werden; eine in den neueren Gesetzgebungen häufig vorkommende Fassung, auf deren praktische Bedeutung und Inconvenienzen der Vf. unlängst in einem Aufsatze in diesem Archiv, Jahrg. 1848: „Ueber die Verschiedenheit des Begriffs und der Gleichheit der Strafe zweier oder mehrerer Verbrechen" hingewiesen hat.

Sollte nun aber bei aller Consequenz des Preuß. Entwurfs, welche in den übrigen Gesetzgebungen vermißt wird, die Sache durch diese Behandlungsweise wirklich gefördert seyn? Dies muß entschieden in Abrede gestellt werden. Denn theils fehlt es an allen Gründen, um den doch allgemeineren Begriff der Unterschlagung auf bloße Veruntreuungen zu beschränken; theils reicht der Art. 273 zur Ausfüllung der dadurch entstehenden Lücken in keiner Weise aus, wie schon die Beurtheilung des dem Art. 272 correspondirenden Art. 229 des Baier'schen Str. G. B., in Verbindung mit dem Gönner'schen Entwurf (§. 2) ergeben hat. Endlich auch wird nichts dadurch gewonnen, daß die Zueignung gefundener Sachen begriffsmäßig ein selbstständiges Delict seyn soll.

§. 9.

Von dem Württembergischen Str. G. B. läßt sich unter diesen Umständen eben so wenig etwas Gelungenes erwarten. Dasselbe verlangt im Art. 316 zum Diebstahl ein „in Besitz nehmen", hingegen zur Unterschlagung im Art 344 ein „im Besitz haben". Dieser, im Wesentlichen aus dem Art. 229 des Baier'schen Str. G. B. entlehnte Artikel lautet unter der Ueberschrift „Unterschlagung" so:

„Wer sich eine fremde bewegliche Sache, die er in seinem Besitze hat, widerrechtlich zueignet, wer namentlich dieselbe veräußert, ganz oder theilweise verbraucht, in der auf Zueignung gerichteten Absicht verpfändet, oder in solcher Absicht dem zur Zurückforderung Berechtigten den Besitz abläugnet, oder verheimlicht, macht sich der Unterschlagung schuldig".

An dieser Begriffsbestimmung ist dreierlei auszusetzen:

1) daß es nur heißt: „in seinem Besitze hat", während alle anderen Gesetzgebungen die richtigere Fassung: in seinem Besitz oder in seiner Gewahrsam hat Wirklich ist auch die Frage entstanden, ob der Begriff „Besitz" hier im juridischen Sinne zu nehmen sey, wie beim Diebstahl (Art. 316: in Besitz nimmt), oder ob schon der natürliche Besitz, die Detention, die Gewahrsam hinreiche, was freilich nach den Beispielen des Art. 347 nicht bezweifelt werden kann [27]);

2) daß hinsichtlich der Consummation das majus (das Verkaufen, Verbrauchen rc.) vorangestellt ist, und zum Schluß das minus (das bloße Abläugnen oder Verheimlichen) folgt. Der Art. 59 des Polizeistrafgesetzes braucht die natürlichere Fassung: „dem Eigenthümer oder Verlierer abläugnet, oder sonst auf die im Art. 344 des Str. G. B. bezeichnete Weise sich zueignet". Es wird dadurch von vorn herein ausgedrückt, daß zur Vollendung der Unterschlagung weniger als zu der des Diebstahls gehört, d. h. daß hier eine loco motio und manu tractatio nicht gerade nothwendig ist; endlich

3) daß die angebliche Begriffsbestimmung der Unterschlagung viel zu eng ist, indem sie sich, wie der Art. 220 des Braunschweig'schen Str. G. B. (§. 7), auf Verun-

---

27) Hufnagel, Württ. Str. G. B. S. 364 Ziff. 3.

treuungen und einige Fälle der einfachen Unterschlagung beschränkt. Soll aber gleichwohl damit eine allgemeine Begriffsbestimmung von der Unterschlagung aufgestellt werden, weil sich der Gesetzgeber vorzugsweise keine andern Fälle als Veruntreuungen (Unterschlagungen des Anvertrauten) darunter zu denken weiß, so hätten

4) die im Art. 348—49 nachfolgenden Fälle der Unterschlagung verlorner Sachen und eines Fundes begrifflich nicht als Unterschlagungen aufgeführt werden können, sondern es hätte dann die etwa kaum erwähnte Fassung des Preuß. Entwurfs (§. 8) gewählt werden müssen. Sollen sie aber begriffsmäßig noch zur Unterschlagung gehören, so stellt

5) das Gesetzbuch im Art. 344 keine allgemeine Begriffsbestimmung von der Unterschlagung auf, sondern begnügt sich wie das Badische Str. G. B. (§. 5) damit, je nach der Beschaffenheit des Objects (anvertraute Sache, verlorne Sache, Schatz) drei Arten der Unterschlagung aufzustellen, wobei dann wieder dieselbe Frage, wie dort, entsteht: ob diese Casuistik die Stelle einer allgemeinen Begriffsbestimmung vertreten könne, und nicht vielmehr dadurch Lücken in der Gesetzgebung entstehen? Dies müßte dort, also auch hier bejaht werden.

An den Art. 344 schließen sich, als milder bedrohte Fälle, die Unterschlagung einer gefundenen (oder verlornen) Sache, Art. 348, und eines Schatzes, Art. 349. Der Art. 348 läßt es aber ungewiß, ob der Begriff einer gefundenen Sache auch auf diejenigen Fälle anzuwenden sey, wo Jemand zufällig in die Gewahrsam einer fremden Sache gekommen ist, z. B. wenn ihm ohne sein Zuthun fremdes Vieh zugelaufen ist. Hält man sich streng an die Fassung des Art. 344, so müßte dieser Fall unter die Worte dieses Artikels: „in seinem Besitz (oder Ge-

wahrsam) hat" subsumirt werden, und dann käme die strengere Strafe des Art. 346 in Anwendung. Da aber die Worte: „der Finder einer Sache" (Art. 348) auch im Sinne des gemeinen Lebens auf jene Fälle bezogen werden können, so wird man sich wohl mit Hufnagel für die mildere Auslegung, also für die Anwendung des Art. 348 zu erklären haben; billig fragt man aber, warum das Str. G. B. zu Vermeidung solcher Controversen sich nicht die weitere Fassung der neueren Gesetzgebungen über Unterschlagung verlorner Sachen angeeignet hat?

Wie geneigt man aber in Württemberg ist, in der Begriffsbestimmung des Art. 344 eine allgemeine Definition von der (dort schlechthin, d. h. ohne näheren Zusatz, so genannten) Unterschlagung zu besitzen, erhellt namentlich aus der Criminal-Novelle v. 13. Aug. 1849, betreffend einige Abänderungen des Str. G. B. und der Str. Pr. O. Diese setzt in Art. 29 Abs. 2 u. Art. 30 für die einfache Unterschlagung fest: 1) daß dieselbe nur auf Klage bestraft werden soll; 2) daß Ersatz vor erhobener Klage die Strafe ausschließe, und zwar unbedingt, also ohne Unterschied ob der Thäter seiner Zeit den animus restituendi hatte oder nicht, ob es fungible oder nicht fungible Sachen sind, ob Ersatz aus Reue oder aus sonstigen Motiven (z. B. aus Furcht vor der angedrohten Klage) erfolgte, ob der Thäter selbst Ersatz leistete, oder ein Anderer für ihn rc. Wahrlich eine schöne Moral, die das Gesetz predigt: Veruntreue nur so viel du willst, zahle aber vor erhobener Klage, und die Sache ist damit abgemacht! Hieran schließt sich noch 3) ein aparter Milderungsgrund, den die frühere Württemb. Praxis aufgestellt, aber das Str. G. B. mit Recht verworfen hatte. Derselbe ist jetzt im Art. 30 der Novelle wiederhergestellt. Statt die unverhältnißmäßigen, namentlich infamirenden Strafen

der Unterschlagung zu beschränken [28]), reformirte man in solcher, alle Treue und Glauben vernichtender Weise!

Nun aber beschränken sich jene Reformen gesetzlich auf die Fälle des Art. 344, weil man darin eine allgemeine Begriffsbestimmung von der Unterschlagung zu finden glaubte, während sie vorzugsweise nur Veruntreuungen enthalten. Für Unterschlagungen eines Fundes (Art. 348) und eines Schatzes ist daher gar nicht gesagt. Nun kann zwar durch Analogie, und zwar vermöge des argum. a majori ad minus nachgeholfen werden [29]), indem was von Veruntreuungen gilt (so gering auch die Criminal-Novelle dieselben jetzt anschlägt!), um so mehr von den, auf einer weit geringeren Stufe der Strafbarkeit stehenden Unterschlagungen eines Fundes und eines Schatzes gelten muß. Allein es erhellt auch hieraus, woran es dem Württemberg'schen Str. G. B., wie allen andern deutschen Legislationen fehlt, nämlich an einer allgemeinen Begriffsbestimmung von der Unterschlagung, wie solche ja auch für den Diebstahl, den Betrug ꝛc. aufgestellt wird, um etwa daran eine allgemeine Strafdrohung, und dann für einzelne Arten derselben, z. B. die einfache und erschwerte Veruntreuung, Unterschlagung eines Fundes ꝛc. besondere [30]) Strafdrohungen zu knüpfen. Dann können keine Lücken und keine so heillosen Verwirrungen entstehen, wie solche in allen deutschen Gesetzgebungen seit dem Baier'schen Str. G. B., dessen Mängel zwar Gönner vollkommen erkannte ohne ihnen aber genügend abzuhelfen (§. 2), nachgewiesen worden sind.

---

28) Crim. Archiv 1848 S. 520 fg.

29) Crim. Archiv 1846 S. 100 fg.

30) aber freilich verhältnißmäßige (proportionirte).

§. 10.

Wie kann nun aber diesem Uebelstande abgeholfen werden? Zur Beantwortung dieser Frage kommt es zunächst darauf an, in welchem Verhältniß Diebstahl und Unterschlagung zu einander stehen? Daß dieses Verhältniß weder von Bauer (§. 3), noch von den Motiven zum Badischen Entwurf (§. 5) richtig bestimmt worden ist, kann als erwiesen gelten, weil beide, und so auch andere Rechtslehrer und Gesetzgebungen, sich lediglich auf das Verhältniß der Veruntreuung zum Diebstahl beschränken, diese aber nur eine Art, und wenn gleich die Hauptart der Unterschlagung ist, doch den allgemeinen Begriff der Unterschlagung nicht erschöpft.

Wenn zunächst behauptet wird, daß das Object des Diebstahls und der Unterschlagung das gleiche sey, nämlich eine fremde bewegliche Sache, so kann dies nicht unbedingt zugegeben werden. Denn unter einer fremden Sache denkt man sich beim Diebstahl eine in fremdem Eigenthum stehende Sache, während Unterschlagungen auch an herrenlosen Sachen durch unbefugte Aneignung derselben möglich sind. Hiernach ist das Object der Unterschlagung weiter als das des Diebstahls.

Ein weiterer Unterschied betrifft nach dem Badischen Str. G. B. (§. 5), und jetzt auch nach der Württembergischen Gesetzgebung (§. 9) — andere Legislationen enthalten diese anstößige Bestimmung nicht — den *animus* oder die Absicht des Thäters. Ob der (z. B. nur aus Noth stehlende) Dieb die Absicht der Wiedererstattung des Entwendeten hatte, oder ob er diese Absicht nicht hatte, und ob derselbe nachmals den Bestohlnen vollständig entschädigte oder nicht, dies hat, wie alle Gesetzgebungen anerkennen, keinen Einfluß auf den Begriff des Diebstahls, während das Badische Str. G. B. zum Begriff der Unterschlagung „die Absicht der Ent-

ziehung ohne Ersatz" erfordert [31]), und die Württemb. Criminal-Novelle v. J. 1849 sich überhaupt mit der Wiedererstattung der unterschlagenen Sache vor erhobener Klage begnügt, ohne weiter nach dem animus des Thäters zur Zeit der Unterschlagung zu fragen. Nach diesen Gesetzgebungen ist der Diebstahl von weiterem, die Unterschlagung von engerem Umfang. Billigerweise sollten aber die Diebe eben so menschenfreundlich wie die Veruntreuer behandelt werden.

Ein dritter Unterschied betrifft die Consummation beider Verbrechen, und zwar scheinbar in der Weise, daß zur Vollendung des Diebstahls mehr als zu der der Unterschlagung erfordert wird. Alle neueren Gesetzgebungen lassen nämlich die Unterschlagung schon dann als consummirt gelten, wenn der Thäter dem Berechtigten nur die Inhabung der Sache abläugnet, mehr also noch, wenn er schon darüber verfügt, z. B. die Sache verkauft, ausgegeben hat ꝛc. Man muß aber genauer zwei Kategorieen von Fällen unterscheiden. Die erste: wenn der Unterschlager (z. B. eines Schatzes, einer verlornen Sache ꝛc.) sich *animo domini* in den Besitz der Sache gesetzt hat; dann reicht dieser Act (die Apprehension) noch nicht zur Vollendung hin, sondern es muß entweder ein Abläugnen oder Verheimlichen, oder eine Disposition über die unterschlagene Sache hinzukommen. Insofern wird zur Consummation dieser Fälle mehr als zur Vollendung des (schon durch die Apprehension animo domini vollständig consummirten) Diebstahls erfordert. Bei der zweiten Kategorie der Unterschlagung, wo der Thäter die Sache bereits in seiner Gewahrsam hatte, ehe er sie sich widerrechtlich aneignete, also eine Apprehension nicht erfordert wird, genügt es dagegen an jeder Manifestation des animus

---

31) also blos die Absicht ohne correspondirende That?

intervertendi, also schon an dem Abläugnen der Inhabung der Sache.

Schon aus dieser, öfter zur Sprache gekommenen Unterscheidung zweier Kategorieen oder Formen, unter welchen eine Unterschlagung möglich ist, erhellt, daß der Hauptunterschied zwischen Diebstahl und Unterschlagung nicht darein gesetzt werden kann:

„daß da, wo die widerrechtliche Zueignung eine Unterschlagung seyn soll, der Urheber (Thäter) die Sache bereits in seinem Besitz oder seiner Gewahrsam haben mußte, während der Diebstahl als wesentlich voraussetzt, daß sich die Sache zur Zeit der diebischen Beeinträchtigung in der Inhabung eines Andern befunden habe",

wie sich die Motive zum Badischen Entwurf hierüber am klarsten ausdrücken. Dies paßt nur auf einen Theil der Unterschlagungsfälle, namentlich auf die Veruntreuungen, und es könnte danach der unredliche Finder einer verlornen Sache oder eines Schatzes, obwohl das Badische Str. G. B. auch sie als Unterschlagen behandelt, niemals (begrifflich) wegen Unterschlagung bestraft werden, wie dies der Preußische Entwurf richtig erkannt hat (§. 8).

Der Fehler der Motive liegt hier einfach darin, daß sie das auf alle Unterschlagungsfälle passende negative Merkmal der „Nichtentsetzung des Berechtigten aus der Detention" mit dem, nur auf gewisse Unterschlagungen passenden positiven Merkmale „des sich schon vorher in der Detention Befindens" verwechselt haben.

Geht man nämlich von dem nicht zu bestreitenden Satze aus, daß zum Begriff des Diebstahls ein Hinwegnehmen aus der Gewahrsam eines Andern[32])

---

32) des Eigenthümers oder eines Dritten, der für ihn die Sache inne hat.

animo domini erfordert wird, so kann die Unterschlagung, als Gattungsbegriff genommen, nur in der Aneignung einer Sache ohne Hinwegnahme aus der Gewahrsam eines Andern bestehen.

Dieses negative Merkmal „ohne Hinwegnahme aus fremder Gewahrsam" paßt, und muß passen auf alle die verschiedenen Arten, durch welche eine Unterschlagung begangen werden kann, nämlich:

1) auf die Untreue oder Veruntreuung, weil hier der Berechtigte selbst die Detention (oder den Besitz) seiner Sache dem Thäter überlassen hat;

2) auf die Unterschlagung von Sachen, in deren Besitz der Thäter auf sonstige rechtmäßige Weise gekommen ist, z. B. als putativer Erbe;

3) auf die Unterschlagung verlorner Sachen, weil es hier der Berechtigte selbst ist, welcher durch Nachlässigkeit oder Zufall aus der Detention seiner Sache gekommen ist;

4) auf die Unterschlagung von Sachen, in deren Gewahrsam der Thäter sonst zufällig gekommen ist, z. B. von zugelaufenem Vieh rc.; und

5) auf die Unterschlagung herrenloser Sachen, nämlich eines Schatzes oder verendeten Stück Wildes, wo es sich eben so wenig von einer Wegnahme aus fremder Detention handelt.

Damit ergeben sich fünf, auf verschiedenen Voraussetzungen beruhende Arten der Unterschlagung, die sich aber auf drei reduciren lassen, wenn man (nach dem Satze: a potiori fit dominatio) die erste und zweite Art als Unterschlagung des Anvertrauten (Untreue, Veruntreuung), die dritte und vierte als Unterschlagung verlorner Sachen im weiteren Sinn, die fünfte als Unterschlagung herrenloser Sachen bezeichnet.

Man kann aber auch mit Cropp[33]) und Hufnagel[34]) nur zwei Hauptfälle der Unterschlagung unterscheiden, je nachdem entweder die Sache dem, der sie unterschlägt, vom Eigenthümer selbst (überhaupt von dem Berechtigten) übergeben und anvertraut worden war, oder dieselbe auf andere Weise in seine Hände gekommen ist. In die erste Kategorie würde von den obigen 5 Fällen nur der erste, in die zweite: der zweite, dritte, vierte und fünfte Fall gehören, mithin ergäbe sich die Eintheilung der Unterschlagung in Veruntreuung und einfache Unterschlagung, wodurch aber die Unterabtheilung der Veruntreuung in die einfache und die erschwerte (Veruntreuung) nicht ausgeschlossen wird.

Geht man nun davon aus, daß zur Vollendung der Unterschlagung (als Gattungsbegriff) entweder ein Abläugnen oder ein Verbrauchen oder Veräußern der unterschlagenen Sache erfordert wird, so würde sich für dieses Verbrechen folgende Begriffsbestimmung ergeben:

„Wer sich eine bewegliche Sache[35]) ohne Hinwegnahme aus der Gewahrsam des Berechtigten widerrechtlich zueignet und entweder dem Berechtigten abläugnet, oder dieselbe verbraucht oder veräußert, macht sich der Unterschlagung schuldig".

Einige Gesetzgebungen, z. B. das Badische Str. G. B., begnügen sich freilich für die Unterschlagung verlorner

---

33) in den criminalist. Beiträgen von Hudtwalker und Trummer, Heft 2 S. 44.

34) Commentar Th. 3 S. 461; dessen Württemb. Str. G. B. S. 364.

35) Das Merkmal „fremd" paßt nach dem Obigen nicht auf alle Fälle, darf daher nicht in die Begriffsbestimmung aufgenommen werden. Soll es so viel ausdrücken als: „ihm nicht gehörig", so wäre es überflüssig.

Sachen (im weiteren Sinn) und eines Schatzes schon mit dem bloßen Verschweigen (Art. 407—9), und die Motive machen darauf, als auf eine Ausnahme von der Regel, aufmerksam [36]). Dann müßte die obige Begriffsbestimmung so erweitert werden:

„und entweder dem Berechtigten abläugnet, oder dieselbe verbraucht oder veräußert, oder in den Fällen der Artt. .... verschweigt, macht sich rc."

An diese allgemeine Begriffsbestimmung kann der Gesetzgeber entweder eine allgemeine Strafdrohung knüpfen, vorbehaltlich besonderer Strafdrohungen für einzelne Fälle, nämlich für die erschwerte, daher strenger zu beurtheilende Veruntreuung, und für die milder zu behandelnden Fälle der Unterschlagung verlorner Sachen im weiteren Sinn, des Schatzes, oder sonst herrenloser Sachen. Oder der Gesetzgeber kann die Sache so wie den Diebstahl, den Betrug, die Fälschung rc. behandeln, d. h. sich mit der bloßen Begriffsbestimmung (also ohne Strafdrohung) begnügen, und hierauf zur besonderen Bedrohung der einzelnen Arten der Unterschlagung, die dann aber erschöpfend nach ihren spezifischen Merkmalen aufzuführen wären, übergehen. Diese letztere Methode scheint den Vorzug zu verdienen, weil sie

---

36) Das Verschweigen ist verschieden vom Abläugnen. Beim Abläugnen wird vorausgesetzt, daß der Berechtigte selbst (oder durch einen Dritten) den Thäter persönlich (mündlich oder schriftlich) zur Zurückgabe auffordert; dazu muß er ihn aber kennen. Dies kann auch bei verlornen Sachen vorkommen, wenn der Verlierer zufällig den Namen des Finders erfährt. In der Regel wird er ihn aber nicht kennen, sich daher mit einer öffentlichen Aufforderung an den ihm unbekannten Finder begnügen müssen Folgt nun dieser der Aufforderung nicht, oder macht er ohne Aufforderung keine Anzeige von dem Funde, so ist dies ein Verschweigen desselben.

uch bei den verwandten Verbrechen des Diebstahls 2c. in allen Gesetzgebungen befolgt wird.

Dann würden sich unter Benutzung der bisher gewonnenen Resultate folgende Bestimmungen ergeben:

Art. 1.

„Wer sich eine bewegliche Sache ohne Hinwegnahme aus der Gewahrsam des Berechtigten widerrechtlich zueignet und entweder dem Berechtigten abläugnet, oder dieselbe verbraucht oder veräußert, oder [37]) in den Fällen der Artt. 3 u. 4 verschweigt, macht sich der Unterschlagung schuldig".

Art. 2.

„Wer eine Sache unterschlägt, in deren Besitz oder Gewahrsam er durch den Berechtigten selbst oder sonst auf rechtmäßige Weise gekommen ist, soll nach folgenden Bestimmungen gestraft werden:

1) in erschwerten Fällen der Veruntreuung, d. h....
2) in einfachen Fällen der Veruntreuung ....
3) in den übrigen Fällen ...."

Art. 3.

„Wer eine Sache unterschlägt, die er gefunden hat, oder in deren Gewahrsam er sonst zufällig gekommen ist, soll ...."

Art. 4.

„Wer einen Schatz oder sonst eine herrenlose Sache, die er sich nicht aneignen durfte, unterschlägt, soll ..."

---

37) vorausgesetzt, daß der Gesetzgeber diese Ausnahme für begründet hält.

Denn auf das Strafmaaß im Einzelnen einzugehen, reicht über den Zweck der gegenwärtigen Abhandlung hinaus. Man prüfe nun und verbessere diese Vorschläge, oder weise dem Verf. nach, daß der Begriff und die Eintheilungen der Unterschlagung, wie sie in den deutschen Gesetzgebungen vorkommen, nicht die gemachten Vorwürfe verdienen, kurz, daß Alles hier in bester Ordnung sey. Dieser Beweis wird aber sicher nicht geführt werden können.

XXIII.

Der dolus bei der Brandstiftung.

Von
Herrn Professor Osenbrüggen
in Dorpat.

Das deutsche Criminalrecht ist allmählig von einer Menge Präsumtionen befreit worden; aber Unkraut ist oft schwer auszurotten und wir stoßen noch sowohl in theoretischen strafrechtlichen Schriften als in den neuen Strafgesetzbüchern auf nicht wenige Rechtsvermuthungen, die sich nicht einmal in dem so manche Inconsequenzen und Kränkungen des Rechtsprincips rettend aufnehmenden Hafen der Criminalpolitik unterbringen lassen. Beispielsweise nenne ich das, was man als Grund für die schwerere Bestrafung des Rückfälligen angeführt findet, wobei nur die Wahl bleibt, ob man dergleichen zu den Präsumtionen oder zu den Fictionen rechnen will. Eine größere Untersuchung über das Residuum der Präsumtionen in dem heutigen Criminalrecht, zunächst in den neuen Strafgesetzbüchern, führte mich auch auf den dolus bei der Brandstiftung oder genauer ausgedrückt auf die Frage, ob und wann dem (dolosen) Brandstifter der ganze Erfolg seiner Handlung zuzurechnen sey, welche Frage vor nicht langer Zeit in diesem Archiv [1]) von Hrn. von Woringen be-

1) N. F. Jahrg. 1843 S. 412 fgg.

handelt wurde. Daß die Frage eine praktisch sehr wichtige ist, zeigen die vielen bekannt gewordenen Fälle, in denen sie zur Sprache gekommen und alljährlich mehrt sich die Zahl derselben. Also: von A ist mit Vorsatz ein Haufen Stroh auf dem Hofe angezündet worden, das Feuer verbreitet sich und die Wohngebäude werden ein Raub der Flammen. Soll hier jedenfalls der ganze Erfolg dem A zugerechnet werden?

Nach der jetzt gangbaren Theorie von dolus und culpa [2]) läßt sich dieser Fall unter folgende Gesichtspunkte bringen:

1. A erkannte es als nothwendig, daß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge das Feuer sich dem Wohngebäude mittheilen werde: hier ist dolus determinatus oder auf die reale Möglichkeit des Erfolgs gerichteter dolus, sowohl in Beziehung auf das Verbrennen des Haufens Stroh, als des Wohngebäudes.

2. A sah ein, daß nach der Localität sich das Feuer von dem in Brand gesteckten Stroh dem Wohngebäude mittheilen konnte und gab zu diesem möglichen Erfolge seine Zustimmung: hier ist dolus indeterminatus s. eventualis, ein auf die bloße Möglichkeit des Erfolgs gerichteter dolus in Beziehung auf das Abbrennen des Wohngebäudes neben dem dolus determinatus in Beziehung auf das des Strohes vorhanden.

3. A sah ein, daß das Feuer von dem Stroh sich dem Wohngebäude mittheilen könne, glaubt aber es werde nicht geschehen und billigt diesen Erfolg nicht: hier concurrirt Frevelhaftigkeit (culpa mit dem Bewußtseyn der Möglichkeit) in Beziehung auf das Abbrennen des Wohngebäudes mit dolus determinatus in Beziehung auf den Strohhaufen.

---

2) S. Berner's criminal. Imputationslehre S. 192 fgg.

4. A sah die Möglichkeit des Abbrennens des Wohngebäudes als Erfolg seiner Handlung gar nicht ein: so concurrirt Unbedachtsamkeit (culpa ohne Bewußtseyn der Möglichkeit) mit dolus determinatus.

Die Praxis, zum Theil unter Berufung auf Böhmer, Quistorp, Tittmann, hat sich auf eine solche Unterscheidung wenig eingelassen [3]) und die angegebene Theorie scheint ebenfalls in den Abschnitten von der Brandstiftung in den meisten neuen Strafgesetzbüchern außer Dienst gesetzt zu seyn.

I. Das Sächsische Str. G. B. Art. 171 lautet: „Wer eine Feuersbrunst in bewohnten oder anderen Gebäuden erregt, wo sich gewöhnlich — Menschen aufhalten, und zwar ohne Unterschied, ob die dazu angewendete Materie an diesen selbst angebracht worden ist, oder an andern Gegenständen, durch welche das Feuer dahin hat fortgepflanzt werden können ꝛc." Das Württemb. Str. G. B. Art. 378: „Wenn jemand an Wohnungen — oder an solchen Gebäuden oder Sachen, welche menschlichen Wohnungen — nach ihrer Lage das Feuer mittheilen können, Brand gelegt hat und das Feuer an diesen Gegenständen ausgebrochen ist ꝛc." Die letzteren Worte hinzuzufügen erschien nothwendig, da die Worte vorangehen „welche mittheilen können"; die kürzere Fassung des Sächs. G. B. ergiebt aber wohl keinen andern Sinn. Vielleicht wäre in dem Würtemb. G. B. das Wort „Gegenständen" besser ausgelassen.

II. Str. G. B. für Baiern Art. 248: „Ist der Brand erregt worden an Wohnungen und anderen Aufenthaltsorten von Menschen oder an solchen Gebäuden oder

---

3) S. Hitzig's Annalen I, 48. 60. VI, 161. VII, 36. 45. XVI, 43.

Sachen, welche menschlichen Wohnungen nahe sind und diesen das Feuer mittheilen konnten rc." Das Braunschw. Str. G. B. §. 204: „Wer bewohnte Gebäude — oder Gegenstände, welche das Feuer dahin leiten konnten, in Brand steckt rc." Das Großh. Hess. Str. G. B. Art. 411: „— und diesen das Feuer mittheilen könnten."

Das Sächsische und Würtemb. G. B. differiren darin von dem Baierischen, Braunschw. und Großh. Hess., daß nach den beiden ersten die wirkliche Mittheilung des Feuers an menschliche Wohnungen gefordert wird zur Gleichstellung der beiden Fälle, wie auch im Code pénal art. 434 seit 1832, während der Code pénal von 1810 nur die Möglichkeit einer solchen Mittheilung verlangte[4]), wie das Baierische, Braunschw. und Großh. Hess. G. B. Die für mein Thema wichtige Uebereinstimmung dieser Gesetzbücher besteht aber darin, daß A ohne Rücksicht darauf, ob er die Absicht hatte das Wohngebäude abzubrennen oder nicht, also auch wenn er nur die Absicht hatte den Strohhaufen in Flammen zu setzen, sobald das Feuer sich dem Wohngebäude mittheilte (Sachsen, Würtemb.) oder mittheilen konnte (Baiern, Braunschweig, Großh. Hessen) wegen des wirklichen oder möglichen Erfolges eine bedeutend schwerere Strafe zu erleiden hat, als abgesehen von dieser Wirklichkeit oder Möglichkeit des Erfolgs für die seiner Absicht entsprechende Abbrennung des Strohhaufens z. B. nach dem Sächs. G. B. Art. 173 eine 15 bis 20jährige Zuchthausstrafe ersten Grades. Die erschwerenden Umstände, derentwegen eine noch höhere Strafe eintreten kann, gehören nicht direct in den Kreis meiner Untersuchung.

---

4) Chauveau Adolphe et F. Hélie théorie du Code pénal (2e édit. Paris 1843) Tom. VI. p. 138.

III. Das Hannover'sche Str. G. B. giebt, abweichend von den übrigen neuen Gesetzbüchern, im Art. 181 die Erklärung, daß „zu dem rechtswidrigen Vorsatze bei diesem Verbrechen die Absicht gehört einen Brand mit Feuersgefahr für Andere zu verursachen." Schwerlich liegt in dieser Abweichung ein Vorzug. Es ist keine gezwungene Erklärung, wenn man nach diesem Art. 181 den oben genannten A, falls er nicht die Absicht hatte, durch Anzündung des Strohhaufens das Feuer dem Wohngebäude mitzutheilen oder ihm diese Absicht nicht bewiesen werden könnte, nur für Anzündung des Strohhaufens verurtheilen wollte. Das verbietet aber der zweite Absatz des Art. 182: „Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Brand unmittelbar an Gebäuden selbst oder an solchen Gegenständen erregt ist, welche ihn denselben mitgetheilt haben."

IV. Sehr abweichend ist der Preußische Entwurf [5]) von 1843 §. 529: „Diese Bestimmungen finden auch dann Anwendung, wenn Gegenstände, welche sich in der Nähe der gedachten Gebäude befinden, angezündet worden sind und aus den Umständen erhellet, daß solches in der Absicht geschehen ist, diese Gebäude in Brand zu setzen." Eine solche Absicht wird nicht gefordert in dem revidirten Entwurf von 1847 §. 360, sondern die Kenntniß der Gefahr. Ob dieses sich verträgt mit der Rubricirung der Brandstiftung unter die „gemeingefährlichen Verbrechen", die in diesen Entwürfen einen besondern Titel bilden, wird sich unten ergeben.

V. Unter der Ueberschrift „Gegenstand der Brandstiftung" lautet der §. 553 des Badischen Str. G. B.:

---

5) Vgl. Entw. eines Str. G. B. für Ungarn I. (Leipzig 1843) §. 387.

„Wenn der Gegenstand, worin die Brandstiftung verübt wurde, einem andern Gegenstande, hinsichtlich dessen die Brandstiftung mit höherer Strafe bedroht ist, so nahe liegt, daß sich das Feuer auf denselben voraussichtlich leicht fortpflanzen kann, so ist die Strafe, die sonst zu erkennen wäre, zu erhöhen und kann bis zu demjenigen Maaße ansteigen, welches eintreten müßte, wenn der Thäter den letzteren Gegenstand selbst in Brand gesteckt hätte." Die Worte „voraussichtlich leicht fortpflanzen kann" gehören nicht in das Gebiet des subjectiven Thatbestandes, sondern bezeichnen die dem Verbrechen der Brandstiftung wesentliche „Gemeingefährlichkeit", also etwas Objectives. Es ist also, wie auch die Motive der Regierung [6]) angeben, „zur Anwendung des §. bei dem Thäter nicht die Absicht gefordert, daß sich das Feuer von dem angezündeten Gegenstand auf den daneben liegenden verbreiten möge rc." In einem näheren Anschluß an den Wortlaut des §. müßte man sagen, es wird nicht gefordert, daß der Thäter in dem fraglichen Fall die leichte Weiterverbreitung des Feuers voraussah, geschweige denn beabsichtigte. Ob übrigens die von der zweiten Kammer herbeigeführte Einschaltung des Wortes „voraussichtlich" eine sonst in den Worten liegende Präsumtion, daß in dem gegebenen Fall angenommen werden müsse, der Thäter habe den nahe liegenden Gegenstand selbst in Brand stecken wollen, beseitigt, muß ich bezweifeln, weil die Worte in der ersten Fassung mir gar nicht zu einer solchen Präsumtion, wie sie die zweite Kammer präsumirt, hinzuführen scheinen. Das Wort „voraussichtlich" kann im Gegentheil leicht so gemißdeutet werden, als ob es wesentlich auf die wirkliche Voraussicht des Thäters an-

---

6) Thilo S. 137.

komme. Den A würde, auch wenn es sich constatiren ließe, daß er die Verbreitung des Feuers vom Strohhaufen auf das Wohngebäude nicht voraussah und nicht beabsichtigte, nach §. 546 des Bad. Str. G. B. mindestens eine Zuchthausstrafe von 10 Jahren treffen.

Die Ansicht, daß die Brandstiftung als gemeingefährliches Verbrechen zu classificiren sey, wie es mit größerer oder geringerer Entschiedenheit die neuen Strafgesetzbücher thun, ist nicht gerade neu, allein man hat erst jetzt angefangen, diesen Gesichtspunkt recht nutzbar zu machen und ihn als leitendes Princip für die Beantwortung der Hauptfragen in dem Gebiete dieses Verbrechens zu gebrauchen. Dies ist besonders von Woringen geschehen in seiner Untersuchung über die Consummation der Brandstiftung [7]), der jedoch die weitere Consequenz in der Abhandlung über „dolus und culpa bei der Brandstiftung" nicht festgehalten hat. Ich darf es hier zwar nicht unerwähnt lassen, daß Mittermaier verschiedentlich [8]) hervorgehoben hat, die Gemeingefährlichkeit passe nicht auf alle Arten der Brandstiftung; auf die Art, zu welcher der an die Spitze gestellte Fall gehört, paßt dieser Gesichtspunkt und die aufgeworfene Hauptfrage muß wohl aus diesem Gesichtspunkt ihre Beantwortung finden. Es ist nicht die Gefahr für das Eigenthum oder das Leben oder die Gesundheit, sondern die Gefahr für Leben, Gesundheit und Eigenthum, die dieses Verbrechen zu einem so schweren macht. Im voraus läßt sich, wenn der Brandstifter das Feuer legt, weder der entstehende Schaden noch die Ausdehnung der Gefahr in diesen Richtungen er-

---

7) a. a. O. S. 208 fgg.

8) Archiv des Cr. R. N. F. 1834. S. 499. — Note III. zu Feuerbach §. 360.

messen; während, wenn jemand die Hand erhebt um einen Menschen zu erschlagen, der Tod dieses Menschen der äußerste Schaden ist. So wenig sich gegen den Ausdruck „Gemeingefährlichkeit" einwenden läßt, daß darin ja eine Gefahr für Eigenthum, Leben und Gesundheit aller Menschen ausgedrückt sey, so wenig läßt sich eine Gefährdung vieler Menschenleben und Häuser postuliren, sondern die unbestimmte und nicht zu bestimmende Gefahr ist in dem Worte angegeben. Eben weil Mittermaier Recht hat, sind auch die Arten der Brandstiftung scharf geschieden, je nachdem zu der Gefahr für Eigenthum die Gefahr für Personen (Menschenleben, Gesundheit) hinzutritt oder nicht, nämlich Brandstiftung im eigentlichen und engeren Sinn und Brandstiftung im weiteren Sinn [9]). Gegen diese altmodische Bezeichnung des begründeten Unterschieds läßt sich freilich manches einwenden und wohl nur die Kürze kann zu einiger Entschuldigung dienen, denn die Brandstiftung im w. S. sollte billig die Brandstiftung im e. S. umfassen und die eine Art ist nicht mehr eine eigentliche oder uneigentliche als die andere. Besser ist daher die Unterscheidung des Braunschw. Str. G. B. §. 204 fgg.: Brandstiftung mit Gefahr für Personen, Brandstiftung an fremden Sachen ohne Gefahr für Personen, Brandstiftung an eigenen Sachen ohne Gefahr für Personen und fremdes Eigenthum.

Aus der Gemeingefährlichkeit der Brandstiftung resultirt als Anfangspunkt der Consummation der Eintritt der Gefährlichkeit und daraus muß auch der Anfangspunkt des zur Brandstiftung erforderlichen dolus bestimmt werden d. h. die Entscheidung darüber hervorgehen, wann

---

9) Häberlin Grundsätze des Criminalr. nach den neuen deutschen Strafgesetzbüchern Bd. II. S. 312.

dem dolosen Brandstifter der ganze Erfolg seiner Handlung zuzurechnen sey. Wenn die Brandstiftung als gemeingefährliches Verbrechen schon gestraft wird, wenn der Schaden für Eigenthum und Personen nicht erfolgen konnte, nicht nur wenn er eingetreten war, so muß ein dolus genügen, der nur bis zum Eintritt der Gefährlichkeit ging, also bis zum Moment der Consummation. Von hier an hat der Wille des Brandstifters dem entfesselten Elemente gegenüber keine Macht mehr. Diese consequente Bestimmung über das Maaß des dolus enthält keine größere Härte als darin liegt, daß die Brandstiftung als ein gemeingefährliches Verbrechen schwer gestraft wird und es wird bei dieser Bestimmung weder dolus präsumirt, noch culpa zu dolus gemacht, sondern nur der bewiesene dolus als solcher genommen, und wie sie die sonst schwer zu vermeidende Klippe einer praesumtio doli beseitigt, so befreit sie auch von der großen Schwierigkeit eines fast unmöglichen Beweises, da einerseits die eigne Aussage des Thäters über die Ausdehnung seiner Absicht nicht allein den Beweis geben kann und begreiflicher Weise selten die weitgehende Absicht angeben wird, andrerseits der Beweis ex re oder aus den Umständen, wie ihn der Preußische Entwurf (von 1843) §. 529 anzustellen verlangt, meistens grade bei diesem Verbrechen so sehr schwierig ist; ein Beweis der Kenntniß der Gefahr von Seiten dessen, der einen Strohhaufen anzündet, welcher vermöge seiner Lage geeignet ist das Feuer den Wohngebäuden mitzutheilen (revid. Preuß. Entw. von 1847 §. 360), also der Beweis eines subjectiven Moments nicht minder, so daß eben dadurch Präsumtionen beseitigt werden sollen, die Preußischen Geschwornen [10]) leicht zu Präsumtionen

---

10) In einem von Mühry in Jagemann's Gerichtssaal 1843 S. 389 mitgetheilten englischen Fall wurden den Geschwornen

werden verlockt werden, oder falls sie dagegen fest sind, wird in vielen Fällen den „boshaftigen Brenner" nur eine geringe Strafe treffen.

Nach dem Ausgeführten ist es nicht unrichtig, wenn das Bairische, Sächsische, Würtemb., Braunschw., Großh. Hessische und Badische Str. G. B. in der angegebenen Weise bei dem gemeingefährlichen Verbrechen der Brandstiftung die obige allgemeine Theorie von **dolus** und **culpa** und die daraus sich ergebende Dirimirung der Fälle nicht zulassen. Was die weitere Frage betrifft, welche Fassung der bezüglichen und oben angegebenen Artikel den Vorzug verdiene, so möchte ich mich deshalb für das Badische Str. G. B. entscheiden, weil es in der Strafausmessung dem Richter den weitesten Spielraum läßt; ich halte aber von dem entscheidenden Standpunkt der Gemeingefährlichkeit aus die Fassung des Bairischen, Braunschw. und Hess. Darmst. G. B. auch für richtig, nicht aber daß das Sächsische und Würtemb. G. B. die wirkliche Mittheilung des Feuers an menschliche Wohnungen verlangen. Dagegen ist es aber nicht zu billigen, wenn das Bairische und Braunschw. G. B. die Brandstiftung unter die Rubrik „Beschädigung des Eigenthums" und „Vermögensbeschädigungen" stellen, denn wenn nun nicht eine wirkliche Beschädigung, sondern nur die Möglichkeit derselben in dem fraglichen Fall verlangt wird oder die Größe des Schadens unberücksichtigt bleibt, so harmonirt dies nicht mit den Bestimmungen über andre Vermögensbeschädigungen. Diese

---

die Fragen vorgelegt: 1) ob die Angekl. ungesetzmäßig und böslich den Haufen Stroh angezündet haben? 2) ob sie beabsichtigt haben dadurch die Scheunen in Brand zu stecken? Der Ausspruch der Jury lautete: „daß die Angekl. den Haufen Stroh angezündet haben und daß sie beabsichtigt haben hiedurch die Scheunen in Brand zu setzen."

Klippe scheinen das Großh. Hess. und Badische G. B. vermieden zu haben, indem sie, ohne allgemeinere Rubriken anzugeben, die einzelnen Verbrechen in Titeln aneinanderreihen, so daß nicht hervortritt, ob sie die Brandstiftung als Verbrechen wider das Eigenthum oder als gemeingefährliches Verbrechen oder unter einem andern Gesichtspunkt auffassen; allein man würde ihnen Unrecht thun, wenn man daraus entnehmen wollte, sie hätten von einer systematischen Anordnung des speziellen Theils ganz abstrahirt und wären aus Verzweiflung ein leitendes Prinzip dafür zu finden principlos geworden. Aus einer genaueren Betrachtung der Aufeinanderfolge der Titel in diesen beiden Gesetzbüchern ergiebt sich, daß sie wohl die Verbrechen nach ihrer Richtung gruppirt und daß sie die Brandstiftung als Verbrechen wider das Eigenthum aufgefaßt haben, denn an den Tit. 50 des Großh. Hess. Str. G. B. von der Brandstiftung reiht sich Tit 51 von der Ueberschwemmung und dann folgt Tit. 52 von anderen Beschädigungen fremden Eigenthums, und ähnlich verfährt das Badische G. B. Demnach gilt aber in dem angedeuteten Punkt von dessen beiden Gesetzbüchern dasselbe, was ich so eben von dem Bairischen und Braunschw. gesagt habe.

Die Brandstiftung wird wohl, bis die Wissenschaft eine durchgreifende Reform in der systematischen Anordnung des speziellen Theils des Criminalrechts vorgenommen haben wird, für die Gesetzgeber ein gemeingefährliches Verbrechen bleiben.

XXIV.

Der neueste Zustand der Gesetzgebung in England und Frankreich über den Zweikampf, mit Nachrichten über den neuen englischen Verein zur Unterdrückung der Zweikämpfe.

Von

Mittermaier.

Wir haben in diesem Archive seit einer Reihe von Jahren unseren Lesern Nachrichten von dem Stande der Gesetzgebung und der Rechtsprechung über den Zweikampf in Deutschland und im Auslande mitgetheilt und den Versuch gemacht, die wahre Natur dieses Verbrechens zu zergliedern, und zu zeigen, wie eine gerechte Gesetzgebung dasselbe auffassen und Strafdrohungen erlassen soll, welche dem Richter möglich machen, die Strafe der einzelnen Fälle nach der Größe der Verschuldung anzupassen. Wir haben beharrlich die Ansicht angegriffen [1]), welche die Tödtung im Duelle unter die gewöhnlichen Strafgesetze über Tödtung stellen will, und

---

1) In dies. Archive N. F. Bd. I. 1834. S. 318; 1845. S. 358.

haben gezeigt [2]), wie auch in Frankreich die öffentliche Stimme selbst in der Nationalversammlung die gezwungene Rechtsprechung des Cassationshofes mißbilligt, wie aber immer klarer der Zusammenhang des Zweikampfs mit sittlichen Ansichten erkannt und eingesehen wird, daß daher die Sitten mehr als die Gesetze thun müssen, und Vereinigungen wohlgesinnter Männer der öffentlichen Meinung eine Richtung geben können, die am besten der Gesetzgebung vorarbeitet. In der letzten Rücksicht verdienen die Ergebnisse eines seit 1844 in England gegründeten Vereins unter dem Titel: **Association for the discouragement of duelling** näher bekannt zu werden. Vier Berichte (der letzte v. 1850) des Vereins liegen vor uns [3]). Die Zahl der Mitglieder ist im Wachsen; unter ihnen befinden sich Männer, des ersten Ranges sehr viele hochgestellte Militärpersonen (Generallieutenants und Obersten), viele Hauptleute, Mitglieder des Parlaments, Advokaten u. A. Der Verein, zuerst 1842 in das Leben gerufen, spricht die entschiedene Ueberzeugung der Mitglieder aus, daß sie den Zweikampf für eine sündliche, unvernünftige, den göttlichen und menschlichen Gesetzen zuwiderlaufende Sitte halten und durch ihren Einfluß und ihr Beispiel auf die Abstellung wirken wollen und die öffentliche Meinung durch die Presse zu leiten suchen werden. Der Verein hatte sich schon 1843 in einer Petition an die Königin gewendet, um sie zur kräftigen Mitwirkung zu bestimmen. In dem Parlamente wurde öfter des Vereins rühmlich gedacht. In den Kriegsartikeln von 1844 war entschieden ausgesprochen, daß die Königin das Benehmen aller Offiziere billige,

2) In diesem Archive 1849. Nr. XX.

3) **Reports of the association for the discouragement of duelling with the regulations. London 1845 — 50.**

welche, wenn sie das Unglück hatten Jemanden zu beleidigen, gern durch Zurücknahme der Worte durch Ehrenerklärung u. A. die Beleidigung aufheben, oder wenn sie beleidigt wurden, solche Erklärungen offen und redlich annehmen, oder als Freunde der Beleidigten dahin wirken, daß der Streit durch Versöhnung ausgeglichen wird. Den Offizieren, die Andere herausfordern, sich schlagen, Andere zum Duelle anreizen oder dasselbe begünstigen, sollen, wenn sie vor dem Kriegsgerichte überwiesen werden, cassirt oder sonst nach Ermessen des Kriegsgerichts gestraft werden. Man sieht aus den Mittheilungen in den Berichten (**Report I.** p. 12—16), wie das Kriegsministerium mit Ernst über die Handhabung der neuen Vorschriften wacht, davon ausgeht, daß, wenn die Kameraden der beleidigten Offiziere ernstlich wollen, es immer leicht ist, eine Versöhnung zu Stande zu bringen. Vielfach wird wieder (**Report I.** p. 9) ein Ausspruch des Herzogs von Wellington von **1810** in Erinnerung gebracht, worin er erklärt, daß es für Offiziere nicht blos keine Herabwürdigung, sondern vielmehr etwas Verdienstliches ist, wenn sie Unrecht gethan haben, dies einzugestehen und den Fehler zu verbessern, und daß die augenblickliche Demüthigung, die allerdings jeder Mann bei einer solchen Anerkennung fühlt, weit aufgewogen wird durch die nachfolgende Genugthuung, die er empfindet, und durch die Vermeidung der dem Offizier unangenehmen kriegsgerichtlichen Verhandlungen. Man bemerkt aus den ausführlichen Mittheilungen solcher Verhandlungen in vorgekommenen Fällen (**Report II.** p. 8 — 15), daß die Kriegsgerichte strenge gegen Offiziere verfahren, welche muthwillig beleidigen oder Versöhnungsanträge zurückweisen.

Merkwürdig ist es, daß nach den Berichten in jedem Jahre als Mitglieder der Vereins viele vorkommen, die

nicht gestatten, daß ihre Namen veröffentlicht werden, während sie sich verpflichten, nach Kräften für die Ausrottung des Duells zu wirken.

Ein Hauptstreben des Vereins ist, nachdem bei dem englischen Militär und der Flotte das ernstliche Einschreiten gegen das Duell und vorzüglich gegen das schiedsrichterliche auf Versöhnung wirkende Verfahren wohlthätige Früchte trägt, dahin zu wirken, daß auch unter Nichtmilitärpersonen eine ähnliche schiedsrichterliche Einrichtung eintrete, welcher sich freiwillig die Mitglieder des Vereins unterwerfen. Der dritte Bericht (p. 10) giebt nun Nachricht von den Versuchen, welche in dieser Beziehung von dem Verein gemacht wurden, und theilt die Statuten mit. Darnach sollen die Mitglieder, welche sich dem Systeme unterwerfen, eine bestimmte Zahl ehrenwerther Männer wählen, welche in Ehrenhändeln entscheiden; drei sollten zur Besetzung des Gerichts hinreichen. Die Freunde der Betheiligten sollten, wenn ihnen eine Versöhnung nicht gelingt, verpflichtet seyn, die Sache an die Schiedsrichter zu bringen, deren Ausspruche die Betheiligten sich fügen müßten. Der Bericht (**Report III. p. 14 seq.**) theilt Nachrichten mit, was in anderen Ländern in Bezug auf das Duell neuerlich geschah — wobei die neue (wie wir glauben grundlose) Rechtsprechung in Frankreich überschätzt wird — und erzählt den bekannten Vorfall von 1846, wo in Münster unter den Auspicien des Ehrengerichts ein feierlich gebilligtes Duell von zwei Offizieren vorkam. Der 4te (1850) erstattete Bericht giebt Nachricht von den bisherigen Bemühungen des Vereins, bemerkt, daß bereits in England Zweikämpfe zu den Seltenheiten gehören (s. **Times** v. 11. Nov. 1849), daß die Zahl der Mitglieder des Vereins wächst. Der Verein hat sich mit ehrenwerthen Männern in Amerika in Verbindung gesetzt und

theilt (Report p. 25) die neuesten vom Präsidenten der vereinigten Staaten (Taylor) in seiner Eigenschaft als Oberbefehlshaber der Armee 1849 erlassenen Kriegsartikel in Bezug auf den Zweikampf mit. Nach art. 24 soll kein Offizier oder Soldat beleidigende Reden oder Handlungen gegen einen Andern sich erlauben, bei Strafe der Einsperrung, und der Verpflichtung in Gegenwart des commandirenden Offiziers den Beleidigten um Verzeihung zu bitten. Wer einen Andern zum Duelle herausfordert oder eine Herausforderung annimmt, soll, wenn es ein Oberoffizier ist, cassirt, und wenn es ein andrer Offizier oder Soldat, zur Leibesstrafe nach dem Ermessen des Kriegsgerichts verurtheilt werden. Wenn ein commandirender Offizier oder ein eine Wache commandirender Unteroffizier wissentlich duldet, daß eine Person zur Vollziehung eines Zweikampfs sich entfernt, soll er wie ein Herausforderer bestraft werden. Secundanten, Beförderer des Zweikampfs, Ueberbringer von Herausforderungen sollen wie die Urheber bestraft werden. Jeder commandirende Offizier der irgend Nachricht erhält, daß ein unter seinen Befehlen Stehender eine Herausforderung absendete oder annahm, soll sogleich die Verhaftung einer solchen Person verfügen. Jeder Offizier oder Soldat, welcher einen Anderen wegen Ablehnung eines Duells Verachtung bezeigt, soll wie ein Herausforderer bestraft werden. Keinem Offizier oder Soldaten, der ein Duell ablehnt, soll diese Ablehnung zur Unehre gereichen.

Eine kräftige Schilderung der Unvernunft, die in dem Zweikampfe liegt, und der Uebel, die derselbe in der bürgerlichen Gesellschaft hervorbringt, schließt den vierten Bericht des Vereins, welcher gewiß auf die öffentliche Meinung in England wohlthätig wirken wird.

Es mag nicht unwichtig seyn, den neuesten Stand der Ansichten englischer Juristen über die Gesetzgebung in Bezug auf den Zweikampf näher kennen zu lernen. Der zweite Bericht [4]) der Gesetzgebungscommission in London hat zum ersten Male Vorschläge über Bestrafung des Zweikampfs gemacht. Nach dem bestehenden Rechtszustande giebt es in England kein besonderes Gesetz über Zweikampf; von Zeit zu Zeit wird in sehr schweren, Aufsehen erregenden Fällen, wenn der Tod eines der Kämpfenden erfolgt, der Thäter wegen Tödtung vor Gericht gestellt; die strengere bisherige Rechtsansicht nahm in der erlittenen Kränkung und Herausforderung keinen Grund an, von der Strafe der Tödtung zu befreien; aber die Geschwornen halfen gewöhnlich nach. In dem 1846 vorgelegten Entwurf eines Strafgesetzbuchs ist nun in dem Titel: **Homicide and other offences against the Person** in **art. 16** die Bestimmung enthalten: die Tödtung gilt als unter milderen Umständen verübt, wenn zwei Personen zu einem Zweikampfe sich verabreden, ein Kampf erfolgt und Einer den Andern mit tödtlichen Waffen tödtet. Der Thäter leidet Strafen der 2ten Klasse (diese sind nach der Tabelle Transportation von 7 Jahren bis Lebenszeit). Nach **art. 17** tritt diese Milderung nicht ein, wenn der Tod durch einen unehrenhaften Vortheil oder durch unehrenhafte Mittel verursacht ist, deren sich derjenige bediente, welcher den Andern tödtete. — In den Motiven zu dem Entwurfe bemerkt die Commission: Das bei einem eigentlichen Morde eintretende Uebel findet sich nicht bei dem Zweikampfe; der in dem letzten erfolgte Tod veranlaßt nicht, wie bei dem Morde, eine alle Klassen der bürgerlichen Gesellschaft erschreckende Beunruhigung. Die

---

4) **Second Report of the comittee on criminal law p. [illegible].**

Gründe, welche bei dem Morde die Todesstrafe rechtfertigen, sind theils den schwersten persönlichen Angriffen vorzubeugen, theils den Bürgern die Sicherheit zu geben, daß sie nicht in beständiger Furcht gemordet zu werden leben müssen. Bei dem Zweikampfe, der ohnehin nur bei den höheren Klassen der Gesellschaft vorkommt, treten diese Gründe nicht ein; denn Jeder, welcher sich schlägt, wählt freiwillig die Gefahr, und die wechselseitige Verabredung begründet eine ganz andere Lage als bei dem Morde. Die Commission beruft sich vorzüglich auf die Mittheilungen von angesehenen englischen, schottischen (Alison) und nordamerikanischen (Livingston) Schriftstellern, welche nachweisen, daß bei dem Zweikampfe die strengen Strafgesetze, weil sie mit der öffentlichen Meinung im Widerspruche stehen, keine Wirkung äußern und nach der Erfahrung die Geschwornen nicht das Schuldig aussprechen. Ohnehin zeige das Benehmen der Zeugen bei gerichtlichen Verhandlungen über den Zweikampf, wie sehr man abgeneigt ist, zu einer Verurtheilung wegen Zweikampfs beizutragen. Die Commission zeigt daher die Nothwendigkeit, die Drohung der Todesstrafe bei dem Zweikampfe zu beseitigen, um damit zugleich das Aergerliche der Erscheinung zu entfernen, die dadurch eintritt, daß ein strafwürdiges Vergehen ungeahndet bleibt, weil das Gesetz eine Strafe drohte, die unausführbar ist, weil sie der öffentlichen Meinung widerstreitet. Dagegen wird der art. 17 gerechtfertigt, weil auch nach englischer Rechtsprechung der Duellant, welcher auf verrätherische Weise durch unehrenhafte Mittel den Gegner tödtet, keinen Anspruch auf Milderung hat.

Im Zusammenhange mit diesem Vorschlage steht auch der in art. 14 und 15 des Entwurfs [5]), nach wel-

5) Report p. 29.

chem die Tödtung einer Person als geringer strafbar erklärt wird, wenn die Handlung oder Unterlassung auf Bitten oder mit Einwilligung des Getödteten erfolgte, vorausgesetzt, daß der Getödtete nicht in einem Zustande von Blödsinn, Wahnsinn, Leidenschaft oder ähnlichem Zustande sich befand, in welchem er die Beschaffenheit oder die Folgen seiner Einwilligung nicht einsehen konnte, oder der Todtschläger nicht gegründete Ursache hatte, anzunehmen, daß die Einwilligung nur in Folge falscher Eindrücke im Zusammenhang mit Thatsachen gegeben wurde, welche auf den Einwilligenden wirkten. Gegen diese Vorschläge erklärte sich eines der bedeutendsten Mitglieder der Commission (Hr. Starkie) [6]). Er will der Einwilligung zur Tödtung keinen Einfluß gestatten und erkennt die Erlassung des vorgeschlagenen Gesetzes für nachtheilig, weil dadurch die Wirksamkeit des Gesetzes über Tödtung geschwächt würde und voraussichtlich die Entschuldigung, daß Einwilligung gegeben wurde, oft vorgebracht würde. In Beziehung auf das Duell bemerkt Starkie, daß der Widerspruch der Strafgesetze mit der öffentlichen Meinung nie zu vermeiden ist. Wer eine schwere Kränkung erlitt, z. B. der Bruder dessen Schwester geschändet worden ist, wird zu den Waffen greifen und den Verführer zu tödten suchen, wenn auch das Gesetz ihn einen Mörder nennt; das Gesetz der öffentlichen Meinung betrachtet das Vergehen allerdings anders. Geschworne werden in solchen Fällen immer durch Rücksichten bestimmt werden, welche das Gesetz nicht berechnen und nicht anerkennen kann; sie werden der Erwägung zugänglich seyn, daß der Zweikampf, wenn er auch beklagenswerth ist, doch oft als ein heilsames Mittel erscheint, welches Manchen abhält, einem Andern eine Ehrenkrän-

6) Seine Ausführung findet sich im second Report p. 64.

kung zuzufügen. Es wird immer ein weiter und nothwendiger Unterschied zwischen dem Strafgesetze und dem Gesetze der Ehre und der öffentlichen Meinung bleiben; will man ihn ausgleichen, so muß man den Kreis des gesetzlichen Schutzes gegen Kränkungen den Gefühlen der Menschen anpassen, und geschieht dies, so kann leicht die Kraft des Strafgesetzes geschwächt werden. Die Unmöglichkeit, Personen, welche den Zweikampf wählen, auch durch die härtesten Strafdrohungen von ihrem Vorhaben abzuhalten, rechtfertigt nicht, das Verbrechen als ein milderes zu erklären. Die Beweggründe, die zu dem Zweikampf antreiben, werden durch die Strafgesetze nicht erreicht. Die Geschwornen, welche den Angeklagten, der in einem ehrenhaften Duelle den Gegner tödtete, als nicht schuldig erkennen, wenn Todesstrafe gedroht ist, werden zu dem nämlichen Wahrspruche kommen, wenn Transportation gedroht wird. Eine noch geringere Strafe zu drohen, würde einen Widerspruch mit der Schwere des Verbrechens begründen. Auf diese Art könnte von dem neuen Vorschlage kein Nutzen erwartet, es müßte aber ein Nachtheil befürchtet werden, wenn die Wirksamkeit der Strafgesetze gegen Tödtung geschwächt würde.

Dieser Bemerkungen ungeachtet siegte dennoch die Ansicht der Mehrheit der Commission, und in dem 1849 von Lord Brougham im Oberhause eingebrachten Entwurfe eines Strafgesetzbuchs [7]) finden sich in dem Kapitel: **Extenuated homicide,** im art. 15 — 16 wörtlich die von der Mehrheit der Commission vorgeschlagenen oben angeführten Bestimmungen über den Zweikampf, so wie art. 14. 15 die Vorschläge über Tödtung eines Einwilligenden. Keine

---

7) **Bill intituled an Act to consolidate and amend the criminal law of England.**

Stimme hat sich im Oberhause gegen die Vorschläge erhoben.

Wir sind allerdings überzeugt, daß die Annahme dieser vorgeschlagenen Bestimmungen weder unmittelbar den Zweikampf in England vermindern, noch die Geschwornen abhalten werden, auch in Zukunft das Nichtschuldig gegen Duellanten auszusprechen, wenn auch statt der Todesstrafe Transportation gedroht wird. Weit mehr erwarten wir von der Wirksamkeit des oben geschilderten Vereins, welcher die öffentliche Meinung berichtigen und der Stimme, welche gegen den Zweikampf sich erhebt und denjenigen in Schutz nimmt, welcher den Zweikampf ablehnt, Kraft geben wird; wir freuen uns aber doch über die neuen Vorschläge, weil wir in ihnen einen Anfang einer besseren Gesetzgebung über Zweikampf und eine Anerkennung der Ansicht erblicken, daß die Gesetzgebung gerecht sey, die Strafe der Verschuldung anpassen muß, welche nur nach den besonderen Verhältnissen bemessen werden muß, die ein Verbrechen erzeugen, und weil man in England zur Einsicht kommt, daß es unwürdig einer Gesetzgebung ist, der sogenannten Abschreckung wegen verschiedenartige Verbrechen in *eine Klasse* zu stellen und voraussichtlich den Erfolg herbeizuführen, daß das Strafgesetz nur auf dem Papiere bleibt und im Leben regelmäßig Lossprechung eintritt.

Es mag für unsere Leser nicht ohne Werth seyn, den neuesten Stand der Ansichten in *Frankreich* über die Gesetzgebung in Bezug auf den Zweikampf kennen zu lernen. Am Ende des vorigen Jahres wurden in der Nationalversammlung mehrere Anträge auf Erlassung von Gesetzen über das Duell eingebracht. Nach dem Antrage der H. *Gavini* und *Failly* soll nur in art. 1 erklärt werden: das Duell ist verboten. 2) Wer einen Zweikampf verübt

oder als Secundant Theil nimmt, soll, ohne Rücksicht auf die Folgen des Duells, in seinem bürgerlichen Rechte auf 1 bis 10 Jahre eingestellt werden, vorbehaltlich der schwereren, nach dem Gesetze verwirkten Strafen Nach dem Antrage des H. Bouzique wird von dem Zweikampf ein gesetzlicher Begriff aufgestellt [8]). Wer sich schlägt, soll, wenn keine oder nur geringe Verletzungen für die Kämpfenden erfolgen, Gefängniß von 3 Monaten bis 2 Jahren erleiden. Wenn die Verletzung eine Berufsunfähigkeit von mehr als 20 Tagen hervorbrachte, so trifft Gefängniß von 6 Monaten bis 3 Jahren denjenigen, welcher sie zufügte. Erfolgte der Tod, so leidet der Thäter Gefängniß von 1 bis 5 Jahren; außerdem wird eine Geldstrafe von 300 bis 1000 Francs erkannt. Wer in den vorhergegangenen 15 Jahren schon eine Verurtheilung wegen Zweikampfs erlitten hat und wieder eines Zweikampfs sich schuldig macht, wird zum Maximum der obigen Strafe, das selbst verdoppelt werden kann, verurtheilt (§. 3). Nach §. 4 sollen die Secundanten, wenn Alles ehrenhaft vorgegangen ist, straflos seyn; außerdem aber werden die, welche mit Verletzung der herkömmlichen oder verabredeten Duellregeln (déloyauté) handelten, als Theilnehmer des Zweikampfs bestraft. Nach art. 5 ist déloyauté von Seite der Secundanten vorhanden, wenn 1) statt der Bemühungen die Gegner zu versöhnen, sie gegen einander aufreizten; 2) oder das Duell innerhalb 8 Tagen nach der erlittenen Beleidigung erfolgte; 3) oder die Secundanten Verabredungen zuließen, welche dem Duell einen gefährlicheren Ausgang zu geben bestimmt sind; 4) oder wenn die Kämpfenden oder Einer von ihnen minderjährig oder über 60 Jahre alt sind. Nach art. 6 sollen, wenn vor oder wäh-

---

8) Es heißt: Le duel et tout combat singulier, à l'arme blanche ou avec armes à feu, qui se livre volontairement et en présence de témoins.

rend des Zweikampfs treulose Veranstaltungen, Betrügereien oder Hinterlist vorfielen, und in Folge davon Einer 20 Tage unbrauchbar zu seinen Berufsgeschäften blieb, die Urheber und Theilnehmer der oben bezeichneten Handlungen zu den in Buch III tit. II chap. 1 (von Tödtung und Körperverletzung) bestimmten Strafen verurtheilt werden. Nach dem Antrage des Abg. Remilly soll jedes Mitglied der Nationalversammlung, das während der Dauer seines Mandats einen Zweikampf vollzieht oder dazu herausfordert, seiner Eigenschaft als Abgeordneter, außer der gesetzlichen Strafe, verlustig erklärt werden. Die Nationalversammlung spricht dies auf den Grund des Berichts einer Commission aus. Der Ausgeschlossene ist während eines Jahres unfähig wieder gewählt zu werden.

Die Anträge der Abg. Cunin-Gridaine, de la Boulie und Talon gehen dahin, in art. 1 zu erklären, daß der Zweikampf ein Vergehen ist; art. 2. Jeder vermöge einer zwischen den Kämpfenden und den Secundanten geschlossenen Verabredung vollzogene Kampf, in welchem jeder Kämpfende mit Secundanten versehen ist, soll als Duell erklärt und (art. 3) mit Gefängniß von 1 — 3 Monaten bis 5 Jahren, Geldstrafe bis 10000 Francs bestraft werden. Die Schuldigen können auf die Dauer von 5 Jahren in den im Code pénal art. 42 bezeichneten Rechten eingestellt werden. Nach art. 4 können nach der Schwere der Umstände die Secundanten als Theilnehmer bestraft werden [9]). Es wurden darüber zwei Berichte erstattet, (einer v. 8. Dec. 1849 von Chégaray, und der 2te v. 15. Januar 1850 durch Moulin), sie schla-

9) Ein interessanter Aufsatz über mehrere dieser Vorschläge findet sich von H. Cauchy (dem Verf. des trefflichen Werkes über das Duell) in der Gazette des tribunaux vom 21. Dec. *1849.*

gen vor, die Anträge nicht in Berathung zu ziehen [10]). Der Berichterstatter geht, nach einer kurzen Erzählung des lange bekannten Entwicklungsganges der Gesetzgebung über die Duelle in Frankreich, von der in dieser Zeitschrift schon oft angegriffenen Ansicht aus, daß der Code pénal von 1810 absichtlich über das Duell geschwiegen habe, weil der Gesetzgeber voraussetzte, daß die Strafbestimmungen des gemeinen Rechts hinreichten, die im Zweikampfe über Tödtung und Verwundung vorkommenden Fälle des Todes u. A. zu bestrafen. Es wird gezeigt, daß alle bisherigen Versuche der Gesetzgebung über das Duell in Frankreich scheiterten, daß die Zahl der mit jedem Jahre vorgekommenen Tödtungen im Duelle stieg und durchschnittlich von 1827 bis 1834 jährlich 23 betrug, daß aber die neue Rechtsprechung seit 1837 wohlthätig wirkte und in den 5 Jahren von 1838 an die Zahl der Todesfälle im Duelle auf 5 bis 6 herabsank. Zuletzt wird an den von uns bereits mitgetheilten [11]) Vorgang erinnert, wo die Nationalversammlung die Ermächtigung, einen Abgeordneten vor Gericht zu stellen, der im Zweikampf einen Andern verwundet hatte, verweigerte.

Die Commission, um zu zeigen daß eine besondere Gesetzgebung über Duell nicht nothwendig sey, beruft sich darauf, daß die bisherigen Versuche in Frankreich scheiterten, daß der Moralist und Gesetzgeber sich vor den Hindernissen beugen muß, welche in unseren Sitten und Einrichtungen liegen, daß, wenn man über das Duell als ein besonderes Vergehen Strafgesetze erlassen wollte, man das Vergehen auch definiren und alle durch das Gesetz der Meinung und der Ehre gebotenen Rücksichten der Strafausmessung angeben müßte: was aber unmöglich wäre. Jede

10) Der zweite Bericht bezieht sich nun auf den ersten, indem er den gestellten Antrag auch auf die nachgefolgten Motionen bezieht.

11) Archiv 1849 S. 549.

Gesetzgebung, die das Duell bestrafte, habe zugleich auch auf Einrichtungen gedacht, um dem Duelle vorzubeugen (z. B. durch Ehrengerichte), daß aber solche in einer militärischen absoluten Monarchie möglichen Anstalten nicht zu den Sitten und Zuständen in Frankreich paßten. Ohnehin sey es unmöglich, den ordentlichen Gerichten die hinreichenden Waffen zu geben, um die Beleidigungen, welche Duelle veranlassen, zu bestrafen, da die Erfahrung lehre, daß die bisherigen Strafen der Injurien nicht genügten.

Der Grund dieser Uebel liegt nicht an den Gesetzgebern oder den Richtern, sondern in der Natur der Sache und der Uebermacht der Sitten und ihrem Einfluß auf die Anwendung der Gesetze. Die Commission erkennt darin ein fast unübersteigliches Hinderniß der Auffassung eines Duellstrafgesetzes, sie sieht in der jetzigen im Geiste der Rechtsprechung des Cassationshofes angewendeten Gesetzgebung den hinreichenden Schutz der Interessen des Friedens und der öffentlichen Sicherheit, und glaubt, daß aus jenem, die gerichtliche Verfolgung eines Abgeordneten verweigernden Beschlusse, der nicht motivirt als einzelne Thatsache und politischer Akt erscheine, kein Grund gegen die wohlbegründete Auslegung des Cassationshofes abgeleitet werden dürfe.

Sie erklärt den oft gemachten Vorwurf, daß die Rechtsprechung denjenigen, der im Duelle tödtet, einem Mörder gleichstelle, als grundlos. Allerdings kämen Fälle vor, wo diese Gleichstellung passe, z. B. bei dem Gewohnheitskämpfer, oder dem, der dazu reizte; allein die Hauptsache sey, daß die Staatsbehörde, indem sie den Urheber der Tödtung im Duelle vor Gericht stellt, ihn zwingt, öffentlich Rechenschaft über das von ihm vergossene Blut zu geben. In der Anwendung des Gesetzes hänge es dann von den Geschwornen ab, entweder die erschwerenden Umstände zu beseitigen, oder die Fragen der

gesetzlichen Entschuldigungsgründe, der Provocation oder der der Nothwehr zu bejahen, oder durch Annahme der Milderungsgründe zur Herabsetzung der Strafen beizutragen; sie kann selbst nach der Erwägung des Falles das Nichtschuldig aussprechen. Wenn auch, bemerkt der Commissionsbericht, die Allmacht der Jury bestritten werden kann, so ist sie doch bei dem Duelle an dem Platze, wo der Gesetzgeber nicht im Stande ist, alle möglichen Abstufungen der Verschuldung bei dem Duelle im Gesetze anzugeben. Die Rechtsprechung des Cassationshofes hatte nach der Angabe des Berichts bereits den Erfolg, daß sie die Duelle seltener und minder mörderisch machte. In Bezug auf die einzelnen Anträge bemerkt die Commission, daß der Antrag die Duellanten nur mit correctionellen Strafen bedrohen und sie an die Zuchtpolizeigerichte zu weisen nachtheilig seyn würde, da die Geschwornen, als Volksrichter, entscheiden könnten. Die jetzige Gesetzgebung sey weit besser. Gegen den Antrag, nicht blos die Duellanten, sondern auch die Secundanten mit dem Verluste der bürgerlichen Rechte zu bestrafen, wird bemerkt, daß dadurch die Duelle noch häufiger und mörderischer würden und der Ausspruch der Infamie die Gesetzgebung in Widerspruch mit der öffentlichen Meinung setzen würde. Der Antrag, den Abgeordneten, der sich duellirt, von der Versammlung auszuschließen, würde den Nachtheil haben, daß die Mitglieder der Versammlung zu leicht dem Hasse und Parteiintriguen Preis gegeben wären, und es leicht für einen gewandten Duellanten seyn würde, einen Volksabgeordneten in die Lage zu setzen, entweder seine Ehre in den Augen der Welt zu opfern, oder seinem Mandate zu entsagen; zugleich würde dadurch der Nationalversammlung das ungeheure, die Nationalsouveränität gefährdende Recht beigelegt, sich selbst zu decimiren und den Verlust eines Mandats auszusprechen, das vom Volke ausging.

Nachdem die Commission mit der Erwägung schließt, daß es unter den jetzigen Verhältnissen schwierig seyn würde, ein ernstlich gemeintes und vollständiges Duellgesetz zu erlassen, trägt sie darauf an, die gestellten Anträge nicht in Betrachtung zu ziehen.

Nach einer am 21. Juni 1850 Statt gefundenen, sehr ungenügenden, nichts Neues enthaltenden Berathung wurde von der Nationalversammlung dennoch beschlossen, die Anträge in Betrachtung zu ziehen.

Wir bedauern, daß die Commission so flüchtig über einen wichtigen Gegenstand hinweggegangen und selbst legislativ den durch die neue Rechtsprechung bewirkten Rechtszustand Frankreichs in Bezug auf den Zweikampf, wie wir glauben, durch eine Kette von Trugschlüssen oder irrigen Voraussetzungen zu vertheidigen versucht hat. Während in den übrigen Theilen Europa's anerkannt wird, daß der Zweikampf ein eigenthümliches Verbrechen ist, während, wie wir oben zeigten, auch in England neuerlich anerkannt ist, daß die Tödtung im Duelle regelmäßig nicht dem Morde gleichgestellt werden kann, will die französische Nationalversammlung einen Rechtszustand fortdauern lassen, nach welchem die Gleichstellung der Tödtung im Duelle mit jeder andern Tödtung anerkannt wird. Wie kann man eine Gesetzgebung weise nennen, welche den Staatsanwalt nöthigt, denjenigen, der das Unglück hatte, im Duelle seinen Gegner zu tödten, eines Mordes anzuklagen, ihn während der Voruntersuchung als den eines entehrenden Verbrechens Angeklagten zu behandeln, wo daher eine Freilassung gegen Caution gar nicht möglich ist, und der Staatsanwalt im offenbarsten Widerspruche mit der öffentlichen Meinung der Anklage auf Tödtung, wie sie der Code bezeichnet, verfolgen muß, wo der Gesetzgeber sich damit trösten muß, daß die Ge-

schwornen klüger seyn werden als er, indem sie, wenn dies regelmäßig geschieht, ihr Nichtschuldig aussprechen, offenbar weil sie die Handlung nicht als Verbrechen ansehen, während sie als sogenannte Richter der That die Frage: ob der Angeklagte absichtlich und mit Vorbedacht den B getödtet habe, bejahen müßten, da der Angeklagte die Thatsachen nicht läugnet. Täusche man sich und Andere nicht mit der Behauptung, daß durch die Annahme der Entschuldigung wegen provocation nach art. 321 des Code, und im äußersten Falle durch die Erklärung des Daseyns der Milderungsgründe geholfen werden kann; denn im Sinne des Gesetzes ist ja Provocation nur vorhanden bei coups ou violences graves envers les personnes; wie kann man aber davon sprechen bei der Tödtung im Duelle, wenn der Angeklagte, der freiwillig das Duell einging und sich der Lebensgefahr aussetzt, vielleicht bei dem ersten Schusse seinen Gegner tödtet? Wollte man die Provocation auch hier anwenden, so würde es nicht im Sinne des art. 321 geschehen. Durch die Erklärung des Daseyns von Milderungsgründen wird höchstens bemerkt, daß der Assisenhof die ordentliche Strafe um einen der zwei Grade herabsetzen kann; muß nun die Anklage bei Duell auf Mord gestellt werden, so ist Todesstrafe die ordentliche Strafe und die nächste Strafe wäre lebenslängliche und die folgende zeitliche travaux forcés; wäre die ordentliche Strafe lebenslängliche Zwangsarbeit, so wäre die zweite folgende Strafe doch Zuchthaus (also wieder eine entehrende) Strafe.

Ist eine Gesetzgebung weise, welche die Richter zwingt, gegen die Secundanten, bei welchen alle neuen Gesetzgebungen anerkennen, daß sie, wenn ihnen nicht eine besondere Verschuldung zur Last fällt, straflos sind, als complice einer Tödtung die gewöhnliche Strafe dieses Verbrechens auszusprechen, wie dies schon öfter in Arrêts

geschehen ist? [12]) Man weiß nicht, was man dazu sagen soll, wenn die Commission von Erlassung eines Duellgesetzes abmahnt, weil ein solches auch mit Anordnung der vorbeugenden Maaßregeln, z. B. Ehrengerichten sich beschäftigen müßte. Weder der belgischen noch einer deutschen Gesetzgebung ist etwas Solches eingefallen; die einzelnen Männer mögen durch Vereine, durch Wirkung auf die Sitten beitragen, die öffentliche Meinung aufzuklären. Die Strafgesetzgebung hat damit nichts zu thun.

Von den in dem Commissionsberichte ausgesprochenen Ansichten können wir nur diejenigen billigen, die sich darauf beziehen, daß die Anklagen über Duell nicht von den Zuchtpolizeigerichten abgeurtheilt werden sollen, und daß die von Antragestellern vorgeschlagene Strafbestimmung nicht weise seyn würde, nach welchem jeder Duellant in seinen bürgerlichen Rechten eingestellt oder ein Volksvertreter, der sich schlägt, seiner Stelle als Abgeordneter verlustig seyn soll. Sobald man anerkennt, daß nach den einmal bestehenden Ansichten der öffentlichen Meinung auch der rechtlichste ehrenwertheste Mann in Lagen kommen kann, in welchen er zum Zweikampfe durch die Macht der Sitten gezwungen wird, so muß man auch zugeben, daß es vom Staate unweise seyn würde, jeden, der dem Vorurtheile mit widerstrebenden Herzen gehorchte, seiner heiligsten Rechte zu berauben und dem Volke wie der Regierung einen der tüchtigsten Vertreter oder zur Beamtenstelle geeigneten Mann zu entziehen.

---

12) Wir verweisen auf unsere in diesem Archive 1849 S. 548 enthaltenen Nachweisungen.

Literarische Anzeigen.

Bei L. Fr. Fues in Tübingen ist erschienen:

Wächter, C. G. v., Dr. Kanzler, Beiträge zur Deutschen Geschichte, insbesondere zur Geschichte des deutschen Strafrechts. gr. 8. 1845. geh. 2 Fl. 54 Kr. od. 1 Rthlr. 20 Ngr.

Inhalt. **Erste Abtheilung.** I. Die Vehmgerichte des Mittelalters. II. Das Faust- und Fehderecht des Mittelalters. III. Die Entscheidung über die Thatfrage im Deutschen Criminalprocesse. IV. Die gerichtlichen Verfolgungen der Hexen und Zauberer in Deutschland vom XV. bis zum XVIII. Jahrhundert. **Zweite Abtheilung. Excurse.** *Zur Abhandlung über die Vehmgerichte.* Literatur über die Vehmgerichte. — Quellen des Vehmrechts. — Der Name der *Vehme.* — Herleitung der Vehmgerichte von Carl dem Grossen und Pabst Leo. — Die *heimliche, beschlossene Acht.* — Haupteigenthümlichkeiten der Vehmgerichte. — Sitz der Vehme. Gerichtsort. Gerichtszeit. — Nöthige Zahl der Vehmrichter; Förmlichkeiten beim Verfahren. — Anklageverfahren. — Competenz der Vehmgerichte, insbesondere ihre subsidiäre Gerichtsbarkeit und die exemten Personen. — Die Vorladung. — Verfahren gegen *Abwesende.* Vervehmung. — Die geheime Losung und die Warnungsformel auf den Vehmurkunden. — Verfahren gegen den anwesenden Angeschuldigten. — Anrufung des Kaisers; Abfordern der Sache. — Missbräuche. — Ladung des Kaisers vor das Vehmgericht. — *Zur Abhandlung über das Faust- und Fehderecht.* Das *Germanische* Fehderecht. — Das Princip des mittelalterlichen Fehderechts. — *Zur Abhandlung über die Entscheidung der Thatfrage im Deutschen Criminalprocesse.* Allgemeine Bemerkungen, insbesondere Literatur. — Beweis durch Eidhelfer im Mittelalter. — Geschwornengericht. — Richten auf Leumund. — *Zur Abhandlung über die gerichtlichen Verfolgungen der Hexen und Zauberer in Deutschland vom XV. bis zum XVIII. Jahrhundert.* Literatur über die Hexenprocesse. — Die deutsche Juris-

